

Université Paris II- Panthéon-Assas

**école doctorale d'histoire du droit, philosophie du droit
et sociologie du droit**

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 31 mai 2024

Naissance du positivisme juridique

Une archéologie de la science du droit

Thèse de Doctorat / mai 2024



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Auteur : Pao-Wen TSAO

Sous la direction de **Monsieur Olivier JOUANJAN**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Membres du jury : **Monsieur Denis BARANGER**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Madame Véronique CHAMPEIL-DESPLATS
Professeure à l'Université Paris-Nanterre

Monsieur Eric MILLARD
Professeur à l'Université Paris-Nanterre

Monsieur Patrick SAVIDAN
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Monsieur Guillaume TUSSEAU
Professeur à l'École de droit de Science Po Paris

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Cette thèse doit son existence à beaucoup de personnes, sans qui il m'aurait été impossible de réaliser cette aventure. Sa première et plus grande chance est d'avoir été sous la direction du Professeur Olivier Jouanjan qui, à peine trois mois après mon arrivée en France, a pris le risque d'accepter d'accompagner une étudiante étrangère qu'il ne connaissait pas et qui débarquait alors avec un projet encore extrêmement immature. Il m'a accordé une immense liberté et a fait preuve d'une extrême patience quant à l'avancement de mes recherches, ce qui m'a permis de développer mes propres pensées et un mode de rédaction qui leur soit fidèle. Je le remercie sincèrement pour avoir fait confiance à mon travail.

J'éprouve aussi une immense gratitude envers l'Institut Michel Villey qui a organisé de nombreuses conférences et colloques et anime une magnifique communauté très active, dont la richesse interdisciplinaire m'a toujours impressionnée. C'est principalement en faisant partie de cette communauté que mon esprit s'est nourri et s'est équipé de force critique pour accomplir cette thèse.

Une reconnaissance profonde à l'équipe administrative de l'école doctorale 8, et tout particulièrement à sa Directrice Sophie Démare-Lafont qui m'a apporté d'efficaces et de chaleureux soutiens en ce qui concerne ma scolarité et mon travail de thèse. Profonde reconnaissance également au Professeur Jean-Paul Andrieux pour nos discussions intéressantes lors de l'audition du CSI de chaque année. Merci à la Professeure Jennifer Merchant et la Professeure Anne Brunon-Ernst pour leurs aides et leurs conseils très utiles. Merci à mes chers collègues, notamment Louis Terracol, Mathilde Montaubin et Baptiste Bianchi, pour les échanges et les soutiens qui ont enrichi mon séjour d'études. Une pensée particulière à Benjamin Torterat, pour les conversations stimulantes qui ont abouti à une amitié. Un grand merci à Manuel pour les remarques, les corrections et le temps qu'il a généreusement consacrés à mon texte. Et je n'oublie pas le Professeur Steven DeCaroli et son séminaire à la National Taiwan Normal University, lequel a fait naître en moi la toute première idée d'un projet de thèse.

Je suis infiniment redevable à Saki Yao, mon plus important interlocuteur à la fois pour la recherche et pour la vie, qui est l'origine de nombreuses inspirations me convainquant de m'engager dans cette aventure. À mes parents, mon frère, Pierrette, Claude et tous mes amis qui, sans forcément comprendre mon choix de faire une thèse, me soutiennent inconditionnellement. À C. Dropinski, la personne qui m'apprend à vivre et à me faire entendre en langue française, et qui me rappelle sans cesse, surtout aux moments les plus difficiles de ces dernières années, qu'en dehors de la thèse, une vie avec bien des possibilités m'attend.

Cette thèse a été financée par le Ministère de l'Éducation de Taïwan et par le Ministère de la Science et des Technologies de Taïwan (restructuré depuis 2022 en Conseil de la Science et des Technologies) dans le cadre du programme « TOP Grants 2021 ».

Cette thèse est dédiée à Olivier Dufresne.

Résumé (1700 caractères) :

Cette thèse cherche à décortiquer les éléments épistémologiques du modèle du positivisme juridique, en les inscrivant dans une histoire particulière qui n'apparaît qu'au prisme de l'archéologie foucaldienne. Le principe qui aiguille cette enquête archéologique consiste à penser le positivisme juridique non pas à partir du concept de droit qu'il propose, mais en tant que science qui s'est construite sous certaines conditions épistémologiques. En prenant pour exemple par excellence les théories positivistes de Hans Kelsen et de H. L. A. Hart, l'enquête se propose de chercher les conditions de possibilités d'un tel modèle dans l'épistémè qui le précède ainsi que dans celle à laquelle il appartient, et, pour ce faire, de revisiter les mouvements épistémologiques qui caractérisent le XIX^e siècle. À travers les analyses portées sur les modèles scientifiques de l'utilitarisme, de la philosophie kantienne et de l'École historique du droit, sont tracés deux parcours par lesquels la formation du positivisme juridique s'éclaire : l'un qui fait primer la science du droit sur son objet, l'autre qui transforme la question du droit en une question de l'être. Le travail qui résulte de cette enquête permet de contextualiser les problématiques principales du positivisme juridique et, ainsi, de proposer une alternative à sa critique.

Descripteurs : anthropologie kantienne, archéologie foucaldienne, École historique du droit, épistémologie du droit, positivisme juridique, science du droit, utilitarisme.

Title and Abstract (1700 characters):

The Birth of Legal Positivism: an Archaeology of Science of Law

The purpose of this dissertation is to identify the essential characters of contemporary legal positivism as it appeared as a new scientific model which is fundamentally different from the preceding legal science tradition. The main spirit and method of this study follow the lessons of the archaeology project realised by Foucault on modern human sciences. All findings composing this present work distinguish themselves by this basic assumption: the true historical novelty of the legal positivism is not to be found in its concept of law, but in its specific conception of what it means to construct a science of law which can be qualified as strictly scientific, and in the type of knowledge it proposes. In other words, the legal positivism should be considered as a particular epistemological event rather than a legal theory.

The result of this study is an alternative history that tracks three important archaeological moments during the 19th century: utilitarianism, Kant's epistemological revolution, and German historical school of jurisprudence. These moments are emblematic of different paradigmatic changes which account for the main problematics from which arose the scientific model of the legal positivism. By understanding the process through which the legal positivism became the science that it claims to be, this study dismantles its alleged universalism and proposes an alternative critical position towards its validity.

Keywords: Foucault's archaeology, epistemology of law, German historical school of jurisprudence, Kant's anthropology, legal positivism, science of law, jurisprudence, utilitarianism.

Section 3	Champ scientifique benthamien.....	130
I	Entité : problème entre existence et appellation.....	130
II	L'abondance, la continuité, et la finitude	133
III	La définition de la définition	138
IV	Une distinction qui associe, une limite qui accomplit	140
Chapitre 3	Un manuel pour gouverner par le droit	146
Section 1	Bentham l'horloger et la fiction en tant que technologie intellectuelle	146
Section 2	Le labyrinthe métaphysique	150
Section 3	La définition de la loi	153
I	Un plan de construction du fonctionnement de l'impératif juridique.....	154
II	La construction et l'enjeu.....	157
Section 4	Conclusion du Titre : la problématique de la conception du droit selon Bentham 159	
Titre 3	Rupture : émergence d'une nouvelle scientificité	164
Chapitre 1	La <i>jurisprudence</i> austinienne	164
Section 1	Une discipline universitaire	164
Section 2	La question de l'autonomie de la science.....	169
Chapitre 2	La science et son objet.....	176
Section 1	Le nouvel objet	176
Section 2	Quand définir, c'est identifier : la scientificité austinienne	181
Section 3	Boucler la boucle : la loi de Dieu	188
Section 4	Conclusion du Titre : émergence d'une nouvelle science ?	192
PARTIE II	<i>De l'Ordre à l'Histoire — la naissance de la positivité du droit..</i>	196
Titre 1	Moment archéologique de Kant	196
Chapitre 1	La Science : l'enjeu commun de la fin du XVIII ^e siècle.....	196
Section 1	D'un art à une science pure : grande ligne d'une évolution	196
Section 2	La primauté de la science sur le droit	203
I	Récapitulatif d'une nouveauté épistémologique.....	203
II	La primauté scientifique kantienne	206
Chapitre 2	L'époque moderne de la connaissance : la distance entre Bentham et Kant.....	214
Section 1	Modèle de la Doctrine du droit : un aperçu	215
I	La problématique.....	215
II	La révolution copernicienne et la connaissance morale	218
Section 2	Le tournant épistémologique kantien dans l'archéologie de Foucault	222
I	Des différentes manières d'imaginer le systémique	222
II	Déterminer la couche archéologique du système moderne.....	225
III	La représentation : le garant ou le problème de la scientificité ?.....	227

IV	Bentham : un des derniers classiques	229
Chapitre 3	Anthropologie de Kant lue par Foucault : naissance d'une nouvelle empiricité	232
Section 1	Le but de notre enquête.....	232
Section 2	La problématique : l'émergence des pensées anthropologiques	236
Section 3	Les analyses.....	239
I	Analyse diachronique : des évolutions de la discipline.....	239
II	Analyse synchronique : réflexions voisines de la discipline	242
III	Analyse conceptuelle : l'objet de la discipline.....	246
Section 4	Découverte : analogies entre la philosophie critique et les réflexions anthropologiques.....	249
I	Un modèle épistémologique inversé.....	249
II	Structure de la discipline : une reproduction en miroir.....	253
III	Le devenir : ses dimensions de l'histoire et de la liberté	255
 Titre 2 Le devenir du droit — l'intense et difficile conjugaison de la raison et de l'empirie 260		
Chapitre 1	Siècle de la science du droit — un aperçu du contexte de la problématique principale 260	
I	Le tournant.....	260
II	Entrée sur scène de la problématique	262
III	La solution impossible	265
IV	Des extrémistes, des déviants et au-delà.....	269
Chapitre 2	L'histoire comme principe organisateur, ou la découverte d' <i>Homo juridicus</i>	274
Section 1	Repérer Savigny dans l'archéologie foucauldienne ?.....	274
Section 2	La conception savignicienne du droit	276
Section 3	La question de l'histoire et l'ambiguïté de l'historique savignicien.....	279
Section 4	Historicité : l'empiricité du droit et ses particularités	283
Section 5	Le devenir du droit : émergence et déclin d'un nouveau paradigme de la science juridique	286
Section 6	La dimension anthropologique de la science du droit	294
Chapitre 3	Le droit devenu objet.....	296
Section 1	La finitude de l'homme et la positivité	296
Section 2	La formation de la positivité du droit	298
Section 3	L'être du droit précisé	304
 Titre 3 la méta-science du droit 310		
Chapitre 1	La formalisation totale du droit et l'émergence du positivisme juridique — un aperçu 310	
Chapitre 2	La méta-science du droit.....	316
Section 1	Abstraire l'être du droit	316

Section 2	Le normatif selon Kelsen	319
I	Le droit en tant qu'objet épistémologique : Kelsen vs Kant.....	319
II	L'a priori du normatif : la logique de l'imputation.....	323
Section 3	Une connaissance théorique sur une connaissance pratique.....	328
Chapitre 3	Le déclin de l'image de l'homme	332
Section 1	Le positivisme juridique : une méta-science humaine	332
Section 2	La disparition de la liberté	334
Chapitre 4	Les trois problématiques qui définissent le positivisme juridique contemporain	342
Section 1	Formuler le normatif (sans être une science empirique) : un défi anti-kantien	342
Section 2	Distinguer le juridique (sans pouvoir repérer le droit) : point faible caractéristique du positivisme juridique.....	348
Section 3	Concevoir l'autonomie de l'être du droit	351
I	Formaliser le cycle systémique du juridique.....	351
II	Tracer la limite de l'être du droit.....	353
a	La norme fondamentale de Kelsen	353
b	Les règles secondaires de Hart	358
Conclusion		361
Bibliographie.....		368

Introduction

Dans le tout premier chapitre de l'ouvrage qui a lancé les débats contemporains sur le positivisme juridique, *The Concept of Law*, publié en 1961, H. L. A. Hart commence avec cette réflexion :

Rares sont les questions concernant la société humaine qui ont été posées avec autant de persistance, et auxquelles ont répondu des penseurs sérieux d'autant de façons diverses, étranges voire paradoxales, que la question : « Qu'est-ce que le droit ? ».

Même en nous bornant aux théories du droit des 150 dernières années, et en mettant de côté les réflexions classiques et médiévales portant sur la « nature » du droit, nous nous trouvons dans une situation sans équivalent dans d'autres matières abordées systématiquement en tant que disciplines académiques indépendantes.

Il n'existe pas d'immense littérature dédiée à répondre aux questions « Qu'est-ce que la chimie ? » ou « Qu'est-ce que la médecine ? », tel que c'est le cas pour la question « Qu'est-ce que le droit ? ». Quelques lignes à la première page d'un manuel scolaire — c'est tout ce qu'un étudiant de ces autres disciplines est censé prendre en compte. Et les réponses qui lui sont fournies sont d'une nature très différente de celles apportées à un étudiant en droit.

Il ne paraît ni éclairant ni important à personne d'insister sur le fait que la médecine est « ce que font les médecins s'agissant des maladies » ou « une prédiction de ce que feront les médecins », ou de déclarer que ce qui est couramment considéré comme une partie caractéristique et centrale de la chimie, par exemple l'étude des acides, n'est en réalité pas de la chimie du tout.

Or, dans le cas du droit, non seulement des propositions aussi étranges à première vue sont choses courantes, on y insiste même avec éloquence et passion, comme s'il s'agissait de révéler les vérités sur le droit, vérités longtemps occultées par de fausses interprétations grossières quant à sa nature essentielle.

Ainsi commence *The Concept of Law*, qui se présente comme situé dans la continuation d'une tradition de la science du droit dont il prétend prendre le relais, tradition qui cherche à répondre à la question aussi vieille que les sociétés humaines, que la naissance du droit : qu'est-ce que le droit ?

Contextualiser une question sans contexte : notre problématique

Les questions qui commencent avec « qu'est-ce que » sont parfois ambiguës et curieuses lorsqu'il s'agit, non pas de donner la signification d'un mot inconnu, mais de donner la définition d'une chose bien connue. La perspective que la bonne réponse existe présuppose que la chose en question est préalablement donnée et déterminée. Mais comment une chose peut être bien déterminée si elle n'est pas déjà définie par l'homme ? En revanche, si l'on connaît déjà sa définition, pourquoi se poser encore la question ?

La situation serait inverse, si à cette forme d'interrogation était ajoutée une condition : qu'est-ce que la chose « X » **selon vous/ d'après une certaine autorité/ au regard d'un certain but/ dans une certaine vision du monde** ? Dans ce cas, la chose « X » serait considérée comme un symbole qui peut représenter une multitude de choses, lesquelles sont certes données, elles aussi, mais elles ne le sont pas objectivement ni pour tout le monde. La question serait posée non pas dans le but de savoir ce qui n'est pas encore connu, mais de communiquer les différentes pensées. Face à une telle question, les esprits se déploieraient plus librement, les réponses découleraient de manière plus fluide. On se sentirait moins en train de philosopher abstraitement qu'en train de composer un avis concret avec des mots.

Sans doute justement grâce à leur ambiguïté, les questions abstraites du type « qu'est-ce que X ? » sont également fascinantes, et cela de deux manières. Premièrement, elles font monter à la conscience le jeu paradoxal de la cognition, et on est ainsi confronté à une révélation : on croit connaître une certaine chose alors que l'on n'en sait rien. Philosopher sur cette chose implique donc un voyage à l'intérieur de soi afin de comprendre comment une telle ignorance arrive à nous échapper. Deuxièmement, la formulation de ces questions, dégagées de toute condition, suggère que la vérité qui surmonterait toutes les particularités et qui annulerait tous les différends d'esprits

existe quelque part, et l'homme en tant qu'être intelligent ne peut résister à sa recherche.

Ce qui est, cependant, caché derrière la simplicité et l'abstraction d'une telle question, ce sont les nombreux présupposés facilement oubliables : que « X » ne peut être qu'une seule et même chose ; que sa vérité, quand elle sera trouvée, s'exprimera par une réponse unique et immuable ; que « connaître » consiste en un mode d'engagement intellectuel qui est toujours et partout pareil ; que l'on peut connaître la vérité sans être offusqué par sa propre existence limitée. Ces présupposés, s'ils sont pertinents, assureront la légitimité de l'entreprise scientifique qui a pour problématique la question ainsi posée. Dans le cas contraire, la connaissance obtenue aura une apparence de science, mais elle ne sera pas plus vraie qu'une fable bien construite, fondée sur une croyance.

La question à laquelle le positivisme juridique est né pour répondre — « Qu'est-ce que le droit ? » — est ce type de question. Et le positivisme juridique est une entreprise qui se lance dans le défi de définir scientifiquement ce qui semble à la fois, pour ainsi dire, évident et obscur : tout le monde a beau avoir un avis sur ce qu'est le droit, rares sont ceux qui prétendent avoir une idée claire de sa définition. La difficulté particulière de cette entreprise ne provient pas tant de l'objet ciblé que de la forme de la question choisie : ce qui est demandé n'est pas ce qu'est le droit selon telle ou telle pensée, autorité ou finalité, mais ce qu'est objectivement et inconditionnellement le droit. Y apporter une réponse, quelle qu'elle soit, signifie adopter implicitement les présupposés susmentionnés qui procurent un sens à la question. Réussir à définir le droit, quelle qu'en soit la définition, revient donc à prouver une chose : le droit est, peut être ou doit être, le type d'objet d'étude pour lequel ces présupposés sont pertinents et ne sont pas que des croyances. Tel est l'enjeu du positivisme juridique.

--

Cette thèse a pour point de départ cette réflexion : la pertinence d'une conception positiviste du droit est une chose, l'émergence d'une entreprise scientifique ayant pour objectif principal l'élaboration d'une telle conception en est une autre.

Pour qu'il soit question de la pertinence d'une conception, il faut déjà avoir présupposé qu'il s'agit d'un objet d'étude identifiable — un objet connu, mais pas suffisamment — et que sa vérité peut être saisie et conceptualisée. Dans cette perspective, la question la plus importante à propos du droit serait donc de savoir ce qu'est son essence intemporelle et immuable. Et la valeur d'une conception ou d'une théorie devrait être estimée à l'aune des efforts qu'elles apportent à l'avancement de la vocation de la science du droit, vocation supposément de tout temps : définir le droit.

Le tableau serait complètement inversé si, au lieu de considérer le positivisme juridique comme un stade avancé dans l'évolution des pensées juridiques, on supposait qu'il représente un événement épistémologique singulier qui consiste à comprendre et à pratiquer la science du droit d'une nouvelle façon. Alors, en tant qu'entreprise scientifique, sa valeur ne serait pas mesurée par la pertinence de la conception qu'il propose mais par le champ de connaissance qu'il permet d'ouvrir. Il serait indifférent de savoir si telle ou telle pensée juridique ancienne qualifiée de positiviste pourrait être considérée comme son origine ou prédécesseur, car la véritable question serait plutôt de savoir pourquoi et comment, à partir de quelles considérations épistémologiques et de quelles perspectives pour la science, il devient inévitable qu'une entreprise scientifique telle que le positivisme juridique trouve une affinité avec certaines pensées précédentes : le passé ne décide pas de ses successeurs, ce sont les événements ultérieurs qui choisissent d'être ou non ses héritiers. De là, on pourrait même se demander si cette affinité n'était pas juste une impression ; si, dans cette prétendue lignée positiviste, derrière cette image du droit supposément commune, il n'y avait pas en réalité plus de différences que de ressemblances. Et enfin, on serait obligé de considérer cette possibilité : le positivisme juridique ne serait pas un nouvel effort qui répond à une vieille question ; ce serait plutôt autour d'une question inédite que le positivisme juridique s'est construit et que le paysage de la science du droit s'est vu transformé.

Notre projet consiste à explorer cette deuxième approche : analyser le positivisme juridique non pas en tant que produit de la pensée, mais en tant qu'entreprise scientifique ; non pas ce qu'il propose comme réponse, mais ce qu'il pose comme questions ; non pas la pertinence de sa conception, mais les conditions sous lesquelles un tel modèle scientifique devient non seulement possible mais aussi nécessaire. Une grande partie des discussions contemporaines concernant le positivisme juridique ont pour centre d'intérêt le concept de droit, à partir duquel sont discutées et comparées les diverses variétés du positivisme, et en vue duquel on se montre partisan de, ou opposant à, une certaine théorie positiviste. Nous souhaitons contribuer aux discussions d'une autre façon, en nous éloignant des débats d'adhésion ou d'opposition à une certaine conception, en portant notre attention moins sur les pensées elles-mêmes que sur la formation d'une connaissance, et en nous interrogeant sur la manière dont la problématique qui a fait naître ce courant de pensée a pu être pensable et se former.

Cette approche que nous choisissons nous oblige à mettre de côté la question de la vérité — ce qui, pour certains, est sans doute déjà une forme de renoncement à sa croyance —, à abandonner l'idée de progrès scientifique, et à prendre une certaine position relativiste quant aux différentes méthodes scientifiques. Car il s'agit de penser les conditions et les limites d'une pensée, de relativiser ce qui semble logique et aller de soi, de repérer ce qui est désormais désuet et relégué hors du champ de la connaissance et ce qui, en revanche, constitue de nouvelles techniques de penser — bref, de penser ce qui est possible et impossible à penser dans un certain contexte. Comme l'illustre parfaitement ce passage inaugural de l'ouvrage qui a inspiré notre enquête :

Ce livre a son lieu de naissance dans un texte de Borges. Dans le rire qui secoue à sa lecture toutes les familiarités de la pensée — de la nôtre : de celle qui a notre âge et notre géographie —, ébranlant toutes les surfaces ordonnées et tous les plans qui assagissent pour nous le foisonnement des êtres, faisant vaciller et inquiétant pour longtemps notre pratique millénaire du Même et de l'Autre.

Ce texte cite « une certaine encyclopédie chinoise » où il est écrit que « les animaux se divisent en : a) appartenant à l'Empereur, b) embaumés, c) apprivoisés, d) cochons de lait, e) sirènes, f) fabuleux, g) chiens en liberté, h) inclus dans la

présente classification, i) qui s'agitent comme des fous, j) innombrables, k) dessinés avec un pinceau très fin en poils de chameau, l) et cætera, m) qui viennent de casser la cruche, n) qui de loin semblent des mouches ».

Dans l'émerveillement de cette taxinomie, ce qu'on rejoint d'un bond, ce qui, à la faveur de l'apologue, nous est indiqué comme le charme exotique d'une autre pensée, c'est la limite de la nôtre : l'impossibilité nue de penser cela.

Qu'est-il donc impossible de penser, et de quelle impossibilité s'agit-il ?¹

C'est en une aventure archéologique, dont le modèle est tiré de *Les mots et les choses* de Foucault, que consiste notre enquête sur cet événement épistémologique de la science du droit. Et le lecteur découvrira que l'aventure nous conduira à confirmer notre pressentiment à la lecture de la préface de *The Concept of Law* : que la particularité du positivisme juridique en tant qu'entreprise scientifique, consiste justement à imposer la question abstraite et sans contexte — « Qu'est-ce que le droit ? » — comme une question incontestablement immémoriale, alors qu'elle est en réalité née avec lui.

La « méthode » : l'archéologie de Foucault et son « application »

Ces termes que nous utilisons pour formuler notre problématique — condition épistémologique, (im)possibilité d'une pensée, naissance d'une connaissance, etc. — ont pour fonction de mettre en scène les éléments qui conditionnent une connaissance, et qui font que les questions auxquelles cette connaissance cherche à répondre peuvent logiquement avoir lieu d'être et que son schéma de réflexion peut se présenter comme rationnel. Un tel point de vue implique deux choses : 1) ce qui est envisagé comme résultat n'est pas une histoire qui trace dans l'ordre chronologique les interventions des penseurs et les évolutions des idées, mais une histoire qui rend compte de la logique par laquelle la pensée étudiée s'est formée et qui, ainsi, fait partie de la pensée elle-même ; 2) ce qui est effectivement visé comme objet d'étude, l'aspect particulier de la pensée observée — sa formation épistémologique — ne sera

¹ Préface de M. FOUCAULT, *Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1990, p. 7. C'est nous qui soulignons.

visible qu'une fois cette histoire dégagée. Autrement dit, avant même de pouvoir commencer à raconter une telle histoire, c'est dans cette même perspective que nous sommes seulement capables d'identifier l'objet que nous allons étudier. C'est ainsi que nous comprenons, dans le cadre de notre projet, la particularité de l'archéologie de Foucault. Elle n'est pas à proprement parler une « méthode », si par ce terme on veut dire une façon d'analyser applicable à des choses prédéterminées. En effet, elle implique non seulement une nouvelle façon de faire l'histoire des pensées, mais aussi une nouvelle vision sur les pensées elles-mêmes. Ce que cela implique pour notre projet, c'est que nous ne connaissons ce qui caractérise le positivisme juridique qu'une fois que nous aurons répondu aux questions concernant la formation de ce courant de pensée, à savoir son histoire : pourquoi ne s'est-il formé qu'à un moment aussi proche de notre époque ? Pourquoi pas un autre moment dans l'histoire ? En quoi est-il inédit ? Etc.

Le terme « archéologie » fût employé pour la première fois par Kant pour désigner « l'histoire de ce qui rend nécessaire une certaine forme de pensée »². Héritier de Kant sur ce plan, Foucault a concrétisé ce à quoi pourrait ressembler une archéologie avec ses œuvres des années 1960 : *Histoire de la folie* (1961), *Naissance de la clinique* (1963) et *Les mots et les choses* (1966). Ces mises en exercices de l'approche archéologique ont largement dépassé, au point de s'en détacher complètement, le concept originel kantien, puisqu'il s'agissait pour Foucault de considérer la pensée à travers toutes ses incarnations qui ne se limitaient pas aux discours théoriques ni aux systèmes philosophiques.³ Pourtant, ces trois ouvrages n'étaient pas à proprement parler des « applications » d'une méthode déjà bien définie. Ils ne laissaient pas transparaître une archéologie foucauldienne homogène et identifiable. Les récits qui s'en dégageaient ne partageaient pas la même structure : *Histoire de la folie* trace la frontière constante entre raison et déraison qui court verticalement dans le temps, tandis que *Les mots et les choses* mettent en scène des *épistémès* qui relient divers domaines scientifiques et qui sédimentent horizontalement d'une époque à l'autre — pour en citer juste un

² Définition provient de l'article inachevé et rédigé entre 1793 et 1795, intitulé « Les progrès de la métaphysique en Allemagne depuis le temps de Leibniz et de Wolff » ; citée dans L. PALTRINIERI, « Archéologie », *Le Télémaque*, n° 48, 2015, p. 15-30.

³ « Il y a de la pensée dans la philosophie, mais aussi dans un roman, dans une jurisprudence, dans le droit, même dans un système administratif, dans une prison. » Entretien de Foucault avec R. Bellour en 1966, cité dans L. PALTRINIERI, « L'archive comme objet : quel modèle d'histoire pour l'archéologie ? », *Les Études philosophiques*, n° 153, 2015, p. 355.

exemple. Une mise au point méthodologique est intervenue seulement de manière rétrospective, avec la publication de *L'Archéologie du savoir* (1969) qui résuma des années de réflexions, depuis la sortie de *Les mots et les choses*, dédiées à la recherche d'une définition de l'approche archéologique. Or, cet effort de théorisation n'a jamais été suivi par aucune application, et ainsi fût terminée la phase dite « archéologique » de Foucault, selon la périodisation proposée par la critique de la pensée foucauldienne.⁴

Des études spécialisées sur Foucault et cherchant à dévoiler l'authentique univers intellectuel du penseur montreraient les correspondances, les hésitations, les remises en question, les modifications et les évolutions qui mettent en rapport les trois récits archéologiques réalisés sur différentes thématiques avec la méthode telle qu'elle a été systématiquement exposée plus tard par le penseur. Elles construiraient des modèles de récits historiques qui seraient fidèles à l'archéologie définie par Foucault, comprise à partir des fragments de ses écrits, de ses interviews et de ses notes transformés en une cohérence. Mais dans le cadre qui nous occupe, l'authenticité n'est pas la priorité. Ce que nous cherchons à savoir n'est pas ce que Foucault aurait fait s'il avait eu à réaliser une archéologie sur la science du droit, mais ce que nous pourrions faire maintenant que ses travaux, empiriques ou théoriques, sur l'archéologie nous permettent d'imaginer une autre histoire de la science du droit et de réfléchir autrement au problème du positivisme juridique. Nous allons donc exposer les leçons principales que nous tirons de l'héritage de Foucault, celles qui vont nous permettre de qualifier notre projet d'archéologie foucauldienne.

L'archéologie est dès le début imaginée par Foucault comme un programme qui serait à l'inverse de l'histoire des idées. Il ne s'agit pas de renier cette dernière ni de monter une opposition entre les deux modèles — en revanche, le modèle de l'archéologie est inversé au sens où elle est censée découvrir des choses que l'histoire des idées ne peut pas voir. Et ceci à cause d'une différence qui semble légère au départ : contrairement à l'histoire des idées, l'archéologie est pour ainsi dire l'histoire **des conditions de possibilité** des idées. Si l'histoire des idées analyse les produits des

⁴ Sur le parcours des réflexions de Foucault qui va de *Les mots et les choses* jusqu'à la formation de *L'Archéologie du savoir*, voir L. PALTRINIERI, « L'archive comme objet : quel modèle d'histoire pour l'archéologie ? », *op. cit.*

pensées, l'archéologie analyse la pensée elle-même — cette activité qui consiste à composer et attribuer des sens et à ordonner les concepts — en tant que positivité. Dans cette optique, rien de ce qui est formulé par la pensée n'est simplement une expression de cette dernière, qui lui serait transparente. Les idées ne sont pas considérées comme des sens purs et immatériels ; ou il faut plutôt dire : ce ne sont pas les idées qui sont considérées, mais les positivités qui les véhiculent — les discours. Les discours ont une épaisseur et un poids ; ils sont forgés d'une certaine façon et produits dans certaines circonstances. Ils ne sont pas nécessaires par nature — par les idées qui leur sont immanentes — ; mais ils sont devenus nécessaires car c'est ainsi que leurs auteurs les ont supposés, de la même manière qu'ils estiment leurs actes nécessaires lorsqu'ils les réalisent en réagissant à une circonstance concrète.⁵ Ce que l'archéologie voit dans les pensées, c'est le penser en tant qu'acte, en tant qu'événement.

Cela semble rejoindre le sens du titre que Paul Veyne attribue à Foucault : « le premier historien complètement positiviste »⁶. Car dans le raisonnement de ce dernier, les savoirs ne sont pas considérés comme des objets qui relèvent d'une autre catégorie que les objets positifs. Cela signifie que dans l'analyse archéologique, le bien-fondé d'un concept n'est pas disputé, car ce qui compte est le fait qu'il soit posé. Ce qui à son tour implique que l'archéologie ne voit pas l'évolution des savoirs comme forcément mue par la pertinence des idées, car les erreurs — qu'il soit légitime ou non de les qualifier ainsi — en disent long aussi sur le penser. Le point de départ de notre problématique, que nous avons exposé plus haut avec la distinction entre deux approches pour l'étude sur le positivisme juridique, est inspiré justement par cette position prise par l'archéologie foucauldienne en se distanciant de l'histoire des idées. Ce qui nous importe n'est pas le bien-fondé d'une conception positiviste du droit, mais le fait qu'elle ait pu apparaître.

Cette apparition peut être étudiée de différentes façons, notamment en la replaçant dans les divers contextes de l'époque : politique, économique, sociale, etc. Le choix de notre

⁵ À propos de la notion de discours qu'emploie Foucault, voir l'interprétation par Paul Veyne à travers la notion de rareté, que nous exposons dans note 7.

⁶ P. VEYNE, « Foucault révolutionne l'histoire », dans *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Éditions du Seuil, 1978, p. 386.

projet est de la remettre dans son contexte épistémologique — c'est-à-dire d'étudier comment cette apparition ait pu se faire au nom de la science ; quelle était la conception de science de l'époque et à quels problèmes épistémologiques celle-ci répondait. C'est ainsi que parmi les trois projets archéologiques de Foucault, c'est le dernier, *Les mots et les choses*, qui est l'origine de notre modèle.

Revenons à la disposition positiviste de Foucault historien, qui doit être complétée par une autre qualité encore, que Paul Veyne explique avec limpidité. Selon lui, Foucault révolutionne l'histoire parce qu'il ne voit pas les choses simplement comme elles sont, mais comme elles se trouvent être **alors qu'elles auraient pu être autrement** — c'est-à-dire la pleine réalité dans laquelle les choses sont arrivées. On peut le formuler ainsi : ici, il ne s'agit pas d'un positivisme sur les choses observées, mais d'un positivisme sur la façon de leur avènement, d'un positivisme du temps — une vision dépourvue de toute téléologie quant à l'évolution des choses. Veyne signale l'intuition initiale qui permet à Foucault de se positionner ainsi : celle qui porte sur la qualité de rareté⁷ de tout fait humain. « Les faits humains sont **rare**s », au sens latin du terme : « ils ne sont pas installés dans la plénitude de la raison, il y a du vide autour d'eux pour d'autres faits que notre sagesse ne devine pas ; car ce qui est pourrait être autre ; les faits humains sont arbitraires, au sens de Mauss, ils ne vont pas de soi, alors qu'ils semblent tellement aller de soi aux yeux des contemporains et même de leurs historiens que ceux-ci ni ceux-là ne les aperçoivent seulement. »⁸ Autrement dit, les faits humains

⁷ La notion de rareté est élaborée par Foucault dans *L'Archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 2008, aux pages 155-158, où il la considère en tant qu'effet de discours ; effet qui ne s'affiche pas dans l'intention de ce dernier, mais qu'une enquête de la **formation** du discours est censée faire apparaître. « ... peu de choses, au total, peuvent être dites. [...] Interpréter, c'est une manière de réagir à la pauvreté énonciative et de la compenser par la multiplication du sens ; une manière de parler à partir d'elle et malgré elle. Mais analyser une formation discursive, c'est chercher la loi de cette pauvreté, c'est en prendre la mesure et en déterminer la forme spécifique. » (p.157-158) Même s'il s'agit ici de l'analyse des discours, cet effet de rareté n'est pas réservé à ces derniers et on peut trouver le même principe dans les actes et dans les pensées : peu d'actions, au total, peuvent être faites ; peu d'idées peuvent être pensées.

D'après Paul Veyne, le terme de « discours » qu'emploie Foucault est à la fois approprié et trompeur au sens où il ne désigne justement pas ce qui est dit, mais **tout** ce qui est réellement dit en prenant compte de l'effet de rareté — c'est-à-dire même ce qui n'est pas prononcé par l'auteur du discours mais qui s'est tout de même exprimé malgré lui. « Foucault ne révèle pas un discours mystérieux, autre que celui que nous entendons tous : il nous invite seulement à observer exactement ce qui est dit ainsi. Or cette observation prouve que la zone de ce qui est dit présente des partis pris, des réticences, des saillants et des rentrants inattendus, dont les locuteurs ne sont nullement conscients. [...] Loin de nous inviter à juger les choses à partir des mots, Foucault montre au contraire que les mots nous abusent, qui nous font croire à l'existence de choses, d'objets naturels, gouvernés ou États, alors que ces choses ne sont que le corrélat des pratiques correspondantes ; car la sémantique est l'incarnation de l'illusion idéaliste. Le discours n'est pas davantage l'idéologie : il serait presque le contraire ; **il est ce qui est dit réellement, à l'insu des locuteurs** : ceux-ci croient parler largement et librement, alors qu'à leur insu ils disent des choses étroites, bornées par une grammaire incongrue. » (P. VEYNE, « Foucault révolutionne l'histoire », *op. cit.*, p. 398) C'est nous qui soulignons.

⁸ P. VEYNE, « Foucault révolutionne l'histoire », *op. cit.*, p. 386.

sont arrivés non pas parce qu'ils représentaient la seule possibilité, mais parce que d'autres possibilités ont été ignorées, parce que les acteurs, étant dans le seul monde qu'ils connaissaient et où ils pensaient être, ne voyaient pas celles-ci et ont agi en fonction de ce qu'il leur semblait nécessaire. Être positiviste en matière d'histoire signifie voir ce décalage, malgré ce qui s'est réellement passé et malgré les acteurs eux-mêmes : décalage entre les scénarios alternatifs d'un côté et la compréhension des personnages impliqués de l'autre — les premiers fournissent les conditions de possibilité des choses passées, la seconde explique leur nécessité. C'est à travers ce décalage que l'on se débarrasse des visions téléologiques pour expliquer l'histoire, sans pour autant céder à l'idée de contingence.

L'ingéniosité de *Les mots et les choses* s'exprime principalement par les manières dont Foucault trace les schémas des pensées : voir des analogies parmi les méthodes scientifiques visiblement différentes ; reconnaître au contraire les ruptures là où les idées se ressemblaient ; repérer des percées qui ont changé les images que l'on avait pour la science ; etc. On y reconnaît tout de suite l'une des marques foucauldienne : son acuité à jauger les analogies et les différences. Aux yeux de Foucault, les différentes méthodes scientifiques ne constituent pas une simple série de singularités, avec chacune représentant une pensée distincte et égale aux autres. Au contraire, elles appartiennent à différentes couches archéologiques et les rapports entre elles sont ainsi inégaux : certaines rendent possible le développement des autres, d'autres constituent des blocages de pensée, et d'autres encore signent l'invalidité de certaines autres, etc. Ce qui, à notre sens, permet à Foucault de cheminer parmi les différentes formes de connaissances et d'établir, au sein de cette diversité, un sens suivant lequel se forment des rapports de condition ou de détermination, c'est sa sensibilité portée sur les valeurs scientifiques accordées par des pensées qui sont pourtant étrangères à son / notre époque. Que des pensées anciennes paraissent aujourd'hui insensées, cela n'a aucune importance ; ce qui compte, c'est qu'à l'époque où elles convainquaient encore, il y avait forcément une raison pour laquelle elles étaient considérées comme scientifiques. Cette raison ne peut être trouvée dans ces pensées elles-mêmes, car tant qu'elle fonctionnait comme un critère scientifique, elle était ce qui les conditionnait — leur

a priori historique.⁹ Ainsi, reconnaître ce qui comptait comme un facteur scientifique pour une époque est la première étape pour identifier les *a priori* historiques des connaissances caractéristiques de l'époque en question. L'ouvrage entier de *Les mots et les choses* en est une déclaration : ce qui s'exprime par ses analyses des trois époques archéologiques n'est point une progression des niveaux intellectuels, mais bien de différents rapports entre l'homme et la connaissance. Ce qui est vraiment tracé dans l'ouvrage n'est pas ce qui est issu de l'usage de l'intelligence, mais les diverses formes de l'intelligibilité elle-même — le caractère qui rend quelque chose intelligible — ; laquelle, d'après l'analyse de Foucault, s'établit à l'époque de la Renaissance par la similitude, à partir du XVII^e siècle par la représentation, et, dès le tournant du XIX^e siècle, est conditionnée par la positivité. Voici les trois épistémès qui précèdent notre époque et qui permettent, en les connaissant, de nourrir notre imagination sur ce dont est capable l'intelligence humaine, y compris la capacité d'être limitée dans un certain contexte, là où cela semble, du point de vue d'une autre épistémè, le moins probable.

À ce point de notre présentation de l'archéologie foucauldienne, beaucoup de réflexions et de questions concernant le cas du positivisme juridique s'imposent déjà à nous.

⁹ Cette expression visiblement contradictoire — comment ce qui est antérieur à l'expérience peut-il appartenir à l'histoire ? — représente une catégorie propre à l'archéologie. Car celle-ci retrace les facteurs qui naissent à un moment donné et évoluent dans le temps, mais qui fonctionnent pour l'époque en question comme les conditions, ou les formes préalablement déterminées, des pensées ; d'où le terme « *a priori* ». L'épistémè foucauldienne est l'exemple par excellence de cette ambiguïté ontologique : ni purement historique ni complètement *a priori*, mais les deux en même temps. Le concept de quasi-transcendantal de Foucault, dont nous discuterons dans la Partie 2, Titre 2, en est un autre exemple.

Existe-il un moyen de démontrer l'existence des *a priori* historiques qui conditionnent les pensées et les faits humains, ou ce que les humains pensent qu'ils sont en train de faire ? Une telle démonstration n'entraîne-t-elle pas une explication déterministe, qui réduit les faits en des conséquences du fonctionnement psychologique ou du pur hasard empirique ? Ces questions ne semblent pas poser d'obstacles au travail de l'historien qui, selon Paul Veyne interprétant Foucault, est censé apporter simplement la description historique des *a priori* sans avoir à définir leur nature (s'agit-il d'un inconscient collectif, d'un concept prédominant ou d'un ensemble de facteurs empiriques ?). À entendre la réflexion de Veyne, ce qui explique véritablement une situation historique, c'est le rapport de conditionnement dans lequel les acteurs se retrouvent malgré eux, et non pas la nature de la condition qui est le plus souvent sans cohérence ni homogénéité. Veyne appelle un tel *a priori* historique que veut explorer Foucault « la grammaire sous le discours » ; c'est ce qui n'est pas dit / fait / pensé, mais ce qui fait que les dits / les faits / les pensées ont des significations entendues. Ici réside l'atout par excellence du rôle d'historien, à condition qu'il arrive à voir tout ce qui s'est réellement passé, comme ce qu'enseigne Veyne avec la notion de rareté. « Qu'est-ce donc que cette grammaire immergée que Foucault veut que nous apercevions ? Pourquoi notre conscience et celle des agents eux-mêmes l'ignorent-elles ? Parce qu'elles la refoulent ? Non, mais parce qu'elle est préconceptuelle. La conscience n'a pas pour rôle de nous faire apercevoir le monde, mais de nous permettre de nous y diriger ; un roi n'a pas à concevoir ce que lui-même et sa pratique sont : il suffit qu'ils le soient ; il a à avoir conscience des événements qui se produisent dans son royaume ; cela lui suffira pour se conduire en fonction de ce qu'il est à son insu. Il n'a pas à savoir conceptuellement qu'il gère des flux : il le fera de toute manière ; il lui suffit d'avoir conscience d'être le roi, sans autre précision. Le lion n'a pas davantage à se connaître comme lion pour se comporter en lion ; il doit seulement savoir où est sa proie. Pour le lion, il va tellement de soi d'être lion, qu'il ignore qu'il est lion ; de même le roi choyeur de peuples ou le gestionnaire des flux ne savent pas ce qu'ils sont. » (*Ibid.*, p. 399) « Si l'on préfère, il y a sous le discours conscient une grammaire, déterminée par les pratiques et les grammaires voisines, que révèle l'observation attentive du discours, si l'on consent à ôter les amples draperies qui ont nom Science, Philosophie, etc. De la même manière le prince croit gouverner, régner ; en fait, il gère des flux, ou il choisit des enfants, ou il guide le troupeau. » (*Ibid.*, p. 398)

Par exemple, pour relier au dernier point susmentionné — la capacité d'être limité —, on peut supposer que, si avant l'apparition du positivisme juridique, la science du droit n'avait jamais songé à décrire la forme du droit, ou à définir le droit par sa forme, c'est sans doute parce que ceci n'aurait pas été considéré comme une tâche pourvue d'une quelconque valeur scientifique, et cela à son tour a été dû à la logique de l'épistémè de l'époque qui consistait à imaginer la valeur scientifique d'une certaine manière. Autrement dit : la forme du droit était impensable, ou elle pouvait l'être mais ne constituait pas un sujet important, parce que la capacité de façonner l'intelligibilité du droit, de construire sa connaissance d'une certaine manière — par exemple, en l'imaginant comme un prolongement du monde naturel par la similitude, en le décryptant comme s'il s'agissait de la représentation d'une volonté supérieure, ou en l'estimant en tant que manifestation d'une faculté humaine, etc. — empêchait une telle possibilité. Ici se cache donc une des pistes pour expliquer l'émergence du positivisme juridique : ce parcours qui commençait là où l'idée de forme du droit ne rimait en rien avec la scientificité, et finissait là où c'est chose curieuse voire surprenante qu'elle n'eût jamais été pensée. Ainsi notre enquête archéologique notera l'apparition de ce sentiment de surprise — qui date des alentours de la fin du XVIII^e siècle — et la concomitance qu'il forme avec un changement drastique dans la manière d'imaginer la science du droit. En résonance avec l'idée de rareté discutée plus haut, on peut même supposer que le positivisme juridique s'est formé justement sur l'ignorance de ce parcours, car s'il ne croyait pas que sa problématique autour de la forme du droit était universelle et nécessaire, il ne serait pas né en tant qu'entreprise scientifique. Un archéologue de la science se donne justement pour tâche d'expliquer l'histoire en se positionnant dans l'espace ouvert par le décalage entre ce qui aurait autrement pu être pensé et ce qui s'est présenté comme absolu et nécessaire.

En somme, *Les mots et les choses* se lit tant comme une analyse des sciences humaines modernes à travers une nouvelle approche que comme une exploration de l'approche elle-même, et la réalisation de notre projet s'appuiera sur ces deux plans en même temps. Néanmoins, une archéologie se raconte différemment en fonction de ce qui est proposé comme objet d'analyse. Les travaux de Foucault nous sont certes une inspiration importante et proposent bien des éléments-clés qui nous seront utiles, il

n'en reste pas moins que nous sommes libres, mais aussi seuls, à être confrontés aux difficultés propres à notre projet et à élaborer sur mesure une archéologie convenant à notre objet.

Concevoir une archéologie pour la science du droit

Quelques particularités du droit nous sautent aux yeux dès l'adoption de l'approche archéologique, que nous devons considérer avant de pouvoir élaborer les grandes lignes de notre analyse. La première : parmi toutes les sciences humaines, la science dont il est question ici est de loin la plus éclectique, et son objet le plus versatile — la science du droit, telle une matière ancienne et vaste qui connaît certes des divisions disciplinaires, garde toujours la même identité sans jamais se voir remplacée par d'autres sciences ; quant à son objet, malgré les innombrables significations qui ont pu être assignées au mot « droit », il semble toujours aussi absurde de penser qu'il ne s'agit pas du même objet. Le contraste est clair si l'on fait une comparaison avec ce qui est tracé par Foucault concernant le tournant du XIX^e siècle : la grammaire générale a été dépassée, et c'est la philologie qui a pris sa place ; l'analyse des richesses manquent désormais de pertinence, la nouvelle science s'appelle l'économie politique ; la biologie s'appuie sur une dimension évolutive de la vie qui n'est plus du tout celle que reconnaissait l'histoire naturelle, pourtant elles sont considérées comme des sciences qui se succèdent. La science du droit n'a pas connu moins d'évolutions, qui vont au-delà des changements de méthodes et de matières. Certaines disciplines parallèles ont été absorbées par le droit, d'autres s'en sont séparées. Même son statut scientifique a fait l'objet de disputes, au point où l'appellation « science du droit » a été remise en question. Mais malgré tout cela, qu'importe le type de connaissance dont il s'agit, et qu'il soit appelé science du droit, *jurisprudence* ou droit tout court, il est toujours question d'un même corps de connaissance, aussi changeant et hétéroclite soit-il. La science du droit est une science pour laquelle le poids de la tradition est extrêmement important, et il y a une raison très pragmatique à cela : le droit compose le tissu des institutions, lesquelles sont censées durer dans le temps ; les nouveautés dans la connaissance du droit ne servent pas à les renverser mais à les rénover. Ce poids

de la tradition est maintenu non pas par un passé qui s'imposerait obstinément, mais plutôt grâce à sa capacité de s'adapter aux nouvelles évolutions. En somme, tout cela mène à cette conclusion : le droit n'est pas un champ idéal pour observer les œuvres des épistémèes et les changements de paradigme. Un équivalent des changements aussi radicaux que la naissance des sciences humaines qu'analyse Foucault serait, par exemple, la découverte des dispositifs d'un tout autre type que le droit, qui récupèrent des fonctions traditionnellement assurées par celui-ci — c'est sans doute pour cette raison-là que Foucault ne s'intéresse pas au droit mais à la discipline et aux techniques du gouvernement du soi et des autres. Toujours est-il que celles-ci, malgré leur développement, n'ont pas complètement remplacé le droit dont le rôle reste inébranlable dans la société contemporaine. D'un autre côté, la pesanteur de la science du droit a certes amorti les chocs des changements de paradigme, mais ceux-ci ne se sont pas passés sans laisser de traces. L'archéologie que nous raconterons à travers l'émergence du positivisme juridique sera sans commune mesure avec le programme de *Les mots et les choses* : nous ne trouverons pas de seuil explicite où une nouvelle science renverse l'ancienne. Ainsi nous sera posée une question particulière : faudrait-il considérer le positivisme juridique comme une nouveauté qui rénove la science du droit de l'intérieur et au sein de la même tradition, ou comme représentant une nouvelle science qui lui est parallèle ? Nous aurions tendance à dire qu'il s'agit des deux en même temps : une nouvelle science qui trouve une de ses origines principales dans la même tradition du droit mais qui s'est formée en confirmant un champ d'études à part entière. Le lecteur trouvera, à chaque étape de nos analyses, des comparaisons qui mettront en lumière les continuations et les ruptures présentées dans la formation d'un tel modèle positiviste du droit.

Une autre particularité de la connaissance du droit complique encore davantage notre projet : quelle que soit leur époque, les juristes ont toujours eu conscience de l'inévitable impact de leur travail intellectuel sur la vie réelle en dehors de la sphère académique — ils savent très clairement qu'une connaissance du droit ne se forme pas sans générer des connotations politiques ou des effets pragmatiques, même quand ils prétendent y procéder de manière purement scientifique. Pendant longtemps et même jusqu'à maintenant, les dimensions politique et scientifique de la connaissance

du droit ne sont pas considérées comme des qualités qui s'annulent mutuellement. Cela veut dire que la liaison intime entre la connaissance et l'effectivité du droit est parfaitement reconnue par la science du droit, et que toute théorie juridique qui cherche à s'accomplir avec une scientificité rigoureuse ne peut manquer de se former une opinion quant à cette liaison — le plus souvent, en mettant en avant son apport à la cohérence voire à l'amélioration du système juridique. Le travail des juristes est ainsi essentiellement un travail engagé dans le façonnage de la vie commune et, par cela-même, du droit lui-même. Le droit est traditionnellement proche des sciences politiques et éthiques, voire en fait partie selon certains, parce que les juristes s'entretiennent avec leur objet d'étude d'une façon particulière, à la différence des autres objets dont l'effectivité est supposément indifférente à l'état de leurs connaissances. Le corps humain, les langues ou les comportements économiques des êtres humains — ces trois objets que les sciences modernes font apparaître comme ce qu'ils sont pour nous aujourd'hui, par exemple, peuvent certes être disciplinés une fois que le pouvoir en détient le savoir, mais théoriquement ils fonctionneraient tout aussi bien même sans être connus. Pour ce genre d'objets, la science peut avoir parfaitement conscience de son impact sur eux, mais elle n'a aucun problème non plus de supposer l'existence d'une essence immuable et pré-intellectuelle, qui constitue l'être et l'identité de l'objet qu'elle étudie. Or, le droit est un objet scientifique d'un tout autre type ; ou pour le dire autrement : il a toujours été un objet scientifique difficile. La séparation entre l'objet de connaissance (le droit) et le sujet de connaissance (le juriste) n'est pas chose naturelle ici : il faut l'affirmer avec effort et continuellement. C'est sans doute pour cette raison que le droit naturel est la doctrine la plus dominante pendant la plus grande partie de l'histoire depuis que l'homme cherche à s'emparer du droit avec des méthodes scientifiques. Car au vu d'une telle relation difficile entre la science et son objet, la doctrine remplit toutes les cases : l'objectivité du droit est garantie — sa logique et sa source sont fixées dans la notion de nature —, sans que soit nié le rôle indispensable de la connaissance dans le façonnage de l'objet connu — car le véritable droit, selon la doctrine, est rationnel ; il est moins une chose qu'une pensée performative et cohérente.

Cette particularité du droit est si centrale et pesante que son archéologie ne saurait être qualifiée de branche du grand récit des épistémès tracé par Foucault. Elle représente une problématique primordiale à l'évolution de la science du droit, qui ne peut être expliquée par les changements des paradigmes épistémologiques (la similitude, la représentation et la positivité). Cependant, si cette particularité nous éloigne du modèle d'analyse de Foucault, elle nous révèle celui qui est adapté à notre projet. En mesurant les problématiques autour desquelles se forme le positivisme juridique, nous avons compris qu'en droit, lorsque l'on s'interroge sur la nature de l'objet d'étude, sur la qualité lui permettant d'être un objet scientifique, il s'agit avant tout d'une question sur le rapport entre l'acte de connaissance et l'objet de connaissance, sur la distance qui relie le juriste et le droit — c'est-à-dire une question que, consciemment ou non, le sujet scientifique pose, non pas sur son objet, mais sur lui-même. Le caractère inédit du positivisme juridique doit être considéré dans ce sens : il représente le premier effort conscient et explicite qui cherche non seulement à mettre en question, mais aussi à en finir avec l'effet de réverbération entre le sujet connaissant et l'objet à connaître, effet qui semble à la fois inévitable et voulu et qui caractérise ainsi la tradition de la science du droit. Ce sera donc sur les différents imaginaires, conceptions ou présuppositions conscients ou inconscients du rapport entre la science et le droit que s'appuiera notre analyse. Nous soulignerons comment celles-ci sont au cœur de la construction des diverses théories du droit et, de cette manière, mettrons en exergue les éléments qui contribuent à l'émergence du positivisme juridique.

Deux défis spécifiques nous attendent dans cette aventure. Le premier : expliquer pourquoi une nette séparation entre la connaissance du droit et le droit en tant qu'objet de connaissance ne s'est pas imposée comme un objectif scientifique plus tôt dans l'histoire. Nous avons évoqué le régime du droit naturel qui fonctionnait à la fois comme la solution et la perpétuation du problème de la réverbération entre la connaissance et son objet — « problème » qui n'était justement pas perçu comme tel, tant que le modèle épistémologique du droit naturel restait dominant. Mais même dans le parcours durant lequel se voient rassembler les éléments qui constitueront plus tard un positivisme juridique, on voit régner des modèles scientifiques non-jusnaturalistes qui, par leurs logiques particulières, empêchent en fait l'apparition de

l'idée de rompre la liaison entre la connaissance et l'effectivité du droit. Ces modèles qui sont souvent qualifiés de précurseurs du positivisme juridique sont, de ce point de vue, anti-positivistes — ce sont les cas de l'utilitarisme et de l'École historique du droit. Si ces modèles avaient perduré, l'histoire se serait arrêtée là et le positivisme juridique n'aurait pas vu le jour. Il est important de faire place à un tel scénario alternatif pour comprendre que la naissance du positivisme juridique n'est pas une course naturelle des choses, ni un progrès programmé de la science, et que le qualificatif de « précurseur » dévoile une vision historique qui attribue à tort le choix du présent à un passé déterminant.

Mais tout choix est la réalisation d'une possibilité, laquelle présuppose les conditions qui la rendent concevable. Il faut donc expliquer aussi comment l'idée de séparer la connaissance de son objet se voit concrétisée et installée dans le domaine du droit, et présentée comme une vérité longtemps ignorée, à l'encontre de sa tradition, qui plus est. Qu'est-ce qui rend une telle idée imaginable ? Quelle technique de pensée cela nécessite ? Quelle ontologie du droit, suscitée par quel souci épistémologique, permet de concevoir un nouveau modèle scientifique et de définir une nouvelle scientificité, telle que représente le positivisme juridique ? Telles sont les questions qui composent notre deuxième défi. Une fois que nous aurons réussi à répondre à ces deux défis, nous obtiendrons les deux bouts du fil de notre récit archéologique, lequel exposera la formation des problématiques qui caractérisent le positivisme juridique.

Présentation des parties

Compte tenu des particularités et des défis pour une telle archéologie de la science du droit, et afin de limiter notre champ d'étude, nous avons, dès le début de nos recherches, porté notre attention sur les deux courants de pensée susmentionnés : la théorie utilitariste du droit, notamment la pensée juridique de Bentham, et l'École historique du droit que nous analyserons à travers la méthode et les concepts développés par Savigny et Puchta. Ces deux courants de pensée, formés dans des contextes théoriques qui n'avaient quasiment aucun échange entre eux, illuminaient chacun à leur manière

les mouvements épistémologiques qui ont marqué le tournant du XIX^e siècle. Bien que de manières différentes, tous deux présentent certaines apparences positivistes, tout en étant au fond anti-positivistes — sans le savoir.

Mais comment mesurer la distance de Bentham à Savigny en termes d'épistémès ? La définition utilitariste du droit transmettait déjà une formulation qui aurait pu aisément se confondre avec une déclaration classique du positivisme juridique du XX^e siècle. Mais l'histoire montre que la plus grande vague positiviste n'a pas suivi le courant utilitariste. Elle s'est plutôt produite et est devenue incontournable suite aux influences de l'École historique du droit. Ce décalage est sans doute pour une grande partie dû aux différentes conceptions de la science qui transparaissent dans ces deux courants : alors que l'utilitarisme est essentiellement une théorie de gouvernement, la méthode de l'École historique fonctionne sous une condition qui n'a pourtant pas été explicitement démontrée par elle-même : que le droit soit compris en tant que positivité. L'apparition de la catégorie de « positivité » et ses connotations épistémologiques sont donc cruciales pour, premièrement, localiser la couche archéologique où se situe l'École historique du droit, et deuxièmement, comprendre pourquoi la question de **l'être** du droit est devenue, plus tard, la problématique principale de la science du droit telle qu'elle devrait être selon le positivisme juridique.

C'est ainsi que le travail de Foucault nous paraît de nouveau instructif. Car cette nouvelle scientificité qui dominait le XIX^e siècle — la positivité — ne connaissait pas de frontières disciplinaires. Elle avait, selon Foucault, une source proprement anthropologique : la positivité a été découverte parce que l'homme avait voulu s'étudier en tant qu'homme, avait mis ses propres expériences et capacités dans une visée extérieure à lui-même, et avait commencé à traiter les œuvres qu'il avait lui-même livrées au monde comme des êtres qui le dépassaient et qui étaient devenus indépendants. Foucault élabore ce moment anthropologique à travers Kant, qu'il met au cœur des bouleversements épistémologiques ouvrant le XIX^e siècle. Nous nous appuyerons sur les élaborations de Foucault à propos de Kant, de l'anthropologie, de la positivité, de l'historicité et des diverses structures épistémologiques des sciences

humaines, afin d’accomplir notre récit qui cherche à donner du sens au passage, qui semble à la fois fatal et mystérieux, de Savigny jusqu’à Kelsen.

Les chapitres de cette thèse se déploieront donc comme suit :

Dans la Première Partie seront analysées les pensées juridiques de Bentham, à travers lesquelles nous mettrons en lumière ce que nous identifions comme la première étape vers la science du droit moderne : l’idée que la scientificité du droit ne signifie plus sa rationalité interne, mais provient d’une objectivité supérieure à l’examen de laquelle le droit, comme toute chose, est soumis. Cette nouvelle conception de la scientificité sera la clé pour exposer le modèle scientifique utilitariste et ses barrières innées qui l’excluent conceptuellement de la possibilité d’être un positivisme juridique. Le lecteur aura l’occasion, dans cette même partie, de se familiariser avec notre approche archéologique que nous mettrons en exercice lors de nos analyses et argumentations concernant les questions récurrentes sur le positivisme juridique. La partie se terminera par une discussion sur John Austin, disciple de Bentham et la première figure qui a présenté une forme de discours que l’on peut proprement qualifier de positiviste, alors même qu’un projet scientifique comme celui du positivisme juridique lui aurait échappé.

La Partie II explorera la trajectoire par laquelle ce en quoi consiste l’entreprise de la science du droit va de la question de la création d’un ordre pratique à la question de la connaissance d’une matière empirique et de ses natures. Une telle trajectoire est possible seulement quand une empiricité particulière apte à décrire l’expérience humaine et à être systématisée peut être conçue. Nous présenterons d’abord une discussion sur le tournant épistémologique que représente Kant, afin ensuite de décortiquer la possibilité, au sein de l’univers philosophique ouvert par ce même penseur, que le droit soit pensé non pas en tant que rationalité, mais en tant qu’expérience humaine. Après quoi seulement nous aurons les concepts-outils nécessaires pour évaluer l’apport et la créativité de l’École historique du droit telle qu’elle a réalisé la première systématisation du droit basée sur cette empiricité propre à l’homme — la positivité. Le dernier Titre de la Partie II rassemblera tous les

éléments discutés précédemment et, à travers les théories de Kelsen et H. L. A. Hart, proposera une explication sur l'émergence des problématiques du positivisme juridique et sur ses diverses stratégies pour y faire face.

Quelques précisions terminologiques

Nous avons mentionné plus haut que l'objet que nous visons, le positivisme juridique, est compris aussi à travers l'approche que nous choisissons — l'archéologie. C'est pour cette raison que les exemples par excellence de notre objet sont Kelsen et Hart, les deux principales figures positivistes auxquelles se réfèrent les discussions philosophiques contemporaines sur la nature du droit, car c'est avec eux que l'être du droit devient pour la première fois une question sérieuse et difficile qui mérite des traités entiers pour y répondre. Cela signifie non seulement que le droit est considéré comme une existence indépendante, mais aussi qu'il y a une prise de conscience sur le type de science nécessaire pour rendre compte de cette indépendance et pour la garder intacte. Comme nous l'avons évoqué plus haut, la question sur la nature du droit est toujours implicitement une question sur le rapport entre le droit et l'entreprise scientifique qui l'a pour objet. Et un seuil est franchi lorsque ceci est devenu explicitement la problématique principale d'un projet scientifique. Aussi nous trouvons judicieux et adapté à notre propos ce qui est proposé par Michel Troper comme la caractéristique du positivisme juridique — non pas « la volonté de construire une science empirique, une science de faits, mais celle de construire une science *sur le modèle* des sciences empiriques, c'est-à-dire une science distincte de son objet, faite de propositions décrivant cet objet, susceptibles d'être vraies ou fausses et vérifiables selon certaines procédures » —, ainsi que son défi : « la difficulté réelle [...] est de trouver un objet qui, sans être nécessairement un fait empirique, puisse néanmoins être traité *comme* un fait empirique. »¹⁰ Sauf mention contraire, le terme « positivisme juridique » employé dans cette thèse signifie donc uniquement l'entreprise scientifique dont les deux figures positivistes sont représentatives. Cette signification correspond

¹⁰ M. TROPER, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et Société*, vol. 11, n° 2, 1987, p. 198.

également à l'usage courant du terme aujourd'hui, que ce soit par les philosophes qui travaillent sur la question du droit ou par les juristes qui travaillent sur des questions philosophiques. Au cours de nos discussions, nous révélerons progressivement nos découvertes sur le positivisme juridique en tant que modèle scientifique ; ceux qui exigent une définition complète préalable à l'exposition seront sans doute déçus de la trouver seulement à la fin de la thèse, lorsque le travail d'archéologie sera achevé et que l'on arrivera à comprendre les possibilités et les nécessités épistémologiques du modèle. Pour le moment, il convient simplement de préciser que le positivisme juridique dont nous parlons ne signifie ni les positions méthodologique ou politique qui régnaient sur la scène de la science juridique allemande du XIX^e siècle et qu'on qualifie de positivistes quelle qu'en soit la raison ¹¹ — du Pandectisme au Labandisme ; de Savigny jusqu'à K. M. Bergbohm en passant par Gerber ou encore Adolf Merkel —, ni les traditions d'outre-Manche : utilitariste ou hobbesienne. En nous inspirant de l'expression de certains spécialistes de l'utilitarisme qui se soucient de distinguer le positivisme de Bentham de celui de Hart, nous adopterons parfois les termes de « positivisme juridique contemporain » ou de « positivisme contemporain » pour préciser le modèle que nous étudions.¹² L'emploi de ces termes-ci, ou encore de celui du « positivisme juridique du XX^e siècle », relève d'une considération pragmatique dans le seul but de faciliter la compréhension, surtout lorsque le contexte concerne plusieurs types de positivisme ou différentes manières de le définir. De cette façon flexible, nous souhaitons éviter de donner l'impression qu'il s'agit d'un concept au sens fixe alors que nous voulons en réalité mettre en avant un modèle scientifique capable de véhiculer différents concepts. Par contre, le prédicat « positiviste » ne sera pas écarté pour décrire toutes les tendances ci-dessus, et sa signification sera déterminée par le contexte. Exceptionnellement, l'expression « positivisme juridique » sera utilisée non pas pour indiquer un quelconque modèle scientifique, mais pour mener une discussion sur les diverses manières de la comprendre. Dans ce cas, c'est seulement de l'aspect terminologique qu'il sera question, ce qui devra être éclairci par le contexte.

¹¹ Stanley L. Paulson, en qualifiant la théorie pure de Kelsen de positivisme singulier, nomme ces tendances positivistes précédant Kelsen « le positivisme juridique traditionnel ». Voir son introduction pour H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, B. Laroche et V. Faure (trad.), Paris, LGDJ, 1997, à p. 3 et 4.

¹² Cette épithète de « contemporain » vient de Frederick Schauer. Sur ce point et sur la question de savoir si Bentham est ou doit être qualifié de positiviste, voir *infra*. note 1 de la Partie I.

Nous sommes bien conscients de la diversité des théories juridiques positivistes et du fait qu'il serait plus exact de parler **des** positivismes juridiques au lieu **du** positivisme juridique. Nous précisons toutefois que notre usage du terme ne signifie pas l'intention de nier cette diversité ; il représente plutôt l'intention de signaler les points communs de différentes théories, c'est-à-dire les *a priori* historiques qui les rendent possibles, qui permettent leur diversité même. Nous ne voulons en aucun cas imposer ni une définition du positivisme juridique ni des critères pour juger si une théorie devrait être qualifiée de positiviste.

Il y a un autre mot-clé de notre projet qui mérite une explication : la science. Il peut paraître illogique de vouloir tracer une histoire de la science du droit, sans définir préalablement ce que c'est la science, ou si l'étude du droit — ou le droit tout court — peut être une science. Le terme est polysémique — quel terme ne l'est pas, d'ailleurs ? — et recouvre des significations qui sont parfois partagées avec des termes comme « art », « philosophie » ou « théorie », sans pour autant être pris pour un de leurs synonymes. Ces diverses manières de traiter le droit créent justement un sujet de polémiques à propos de la nature du droit, et les diverses manières de concevoir ces divers traitements ne font que compliquer les choses. La science juridique, qu'on appelle parfois la *jurisprudence*, est-elle aussi un art ? Lorsque des systèmes juridiques sont imaginés par des penseurs, s'agit-il d'un travail scientifique, philosophique ou théorique ? Selon quels critères, le droit peut-il être considéré comme un objet scientifique ? Le droit peut-il et doit-il être traité de la même manière qu'un objet naturel pour qu'il soit scientifique ? Toute réponse à ces questions présuppose non seulement une certaine manière de penser le droit, mais aussi une certaine manière de penser les notions de science, d'art, de philosophie et de théorie.

En vue de notre projet qui nécessite une position relativiste sur les méthodes, qui vise à saisir non pas les concepts mais les problématiques pour lesquelles une compréhension du droit se voit établie, et qui cherche à dévoiler les véritables situations et soucis épistémologiques des penseurs, parfois malgré eux, nous optons pour le sens le plus large du terme : est science toute activité ou entreprise qui cherche à s'emparer

intellectuellement et méthodiquement de l'objet d'étude, à le rendre intelligible et ordonné ou à le rendre utile en maîtrisant son fonctionnement — qu'il soit compris comme un concept, une logique, une raison, une expérience, une matière, une technique ou un phénomène. Notre position est donc telle que le droit est toujours un objet scientifique dès qu'il est pensé comme quelque chose à partir duquel un savoir peut se donner, ou dans une intention de créer un ordre conceptuel, même quand, en se basant sur d'autres compréhensions de la notion de science, on prétend qu'il n'est justement, par sa manière d'être pensé, pas un objet scientifique.

PARTIE I De « la science du Droit » à « la Science du droit » — le moment de l'utilitarisme

La question de savoir si l'on peut qualifier, et si oui, dans quelle mesure, de positiviste la notion de droit de Bentham, est peut-être digne d'un intérêt théorique, elle occulte pourtant les conditions historiques dans lesquelles émerge une telle pensée¹³. Mettre en

¹³ Nos recherches n'étant pas une étude sur les pensées de Bentham, ni sur comment il **faut définir** le positivisme juridique, il nous importe peu si l'on peut le classer dans ce dernier. En raison du caractère polysémique du terme, il n'y a pas de bonne et seule réponse à cela, tout dépend de la manière dont la définition est construite, et du but qu'elle se voit attribuer. Comme nous l'avons expliqué dans l'Introduction, puisque notre projet a pour intérêt de discuter deux caractéristiques majeures qui, selon nous, constituent les principales problématiques dans lesquelles s'engagent les théories se voulant positivistes — la focalisation sur la question du concept de droit et la séparation entre la science et son objet — notre propos dans cette partie se focalise sur les différences et les similitudes que présente le modèle scientifique utilitariste par rapport à ces deux caractéristiques. L'usage du terme positivisme juridique dans ce contexte n'est pas utilisé en tant que définition, mais principalement dans le but de faciliter la désignation d'une science qui serait construite avec ces caractéristiques. Nous posons comme thèse que Bentham n'est pas positiviste dans le sens où le positivisme juridique est ainsi entendu, c'est-à-dire **en tant que certaine forme de science, et non pas en tant que science qui a pour objet une conception de droit positiviste**. Nous ne sommes pas forcément pour autant en désaccord avec les opinions tenues par des auteurs qui intègrent Bentham au positivisme juridique tel qu'ils l'entendent.

Ceci étant, il convient de signaler que dans la littérature consacrée aux pensées benthamiennes, à la question de savoir si Bentham fait partie de, ou même fonde le positivisme juridique, il n'existe pas de consensus clair. H. L. A. Hart était le premier à lire Bentham et Austin sous l'optique du positivisme juridique tel qu'il l'a lui-même défini et proposé. Malgré son désaccord avec la conception du droit de Bentham qu'il qualifie de théorie impérative, Hart n'hésite pas à reconnaître en lui un « esprit positiviste » et le considère comme précurseur de la tradition positiviste anglaise, dans la mesure où il discerne dans le fondement du système théorique de Bentham une tentative de rendre compte du droit en termes descriptifs, ceci, selon Hart, dans le but de le séparer conceptuellement de la catégorie de morale. Le caractère atypique de son positivisme n'est pas ignoré par Hart, mais ceci semble ne faire que renforcer cette idée de le considérer comme pionnier (H. L. A. HART, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, New York, Oxford University Press, 1982, notamment p. 17-19, 53, 143. Cf. *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1994 ; « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, p. 593-629.) Cette attribution opérée par Hart a considérablement déterminé l'approche par laquelle la théorie du droit de Bentham serait abordée dans des discussions subséquentes. Beaucoup d'auteurs contemporains présentent Bentham en tant que positiviste sans se mêler vraiment de la question de la qualification, étant donné qu'une conception positiviste (descriptive) du droit est de toute façon présente chez Bentham (un exemple classique est G. J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2019, dans lequel le caractère normatif de la *jurisprudence* de Bentham est souligné sans que l'étiquette positiviste soit pour autant levée). D'ailleurs, si on parle du positivisme juridique à partir de la conception positiviste du droit, c'est Hobbes plutôt que Bentham qui est généralement reconnu comme précurseur, tandis que le positivisme juridique qui n'est pas seulement « neutre » en concepts mais aussi en méthodologie (méthode analytique) reconnaît son origine chez Bentham.

Pourtant, de plus en plus nombreux sont ceux qui contestent cette position. Schofield, par exemple, estime que le cadre ontologique du positivisme juridique contemporain n'est pas approprié pour analyser les pensées de Bentham, qu'il ne considère pas du tout positiviste. (P. SCHOFIELD, « Jeremy Bentham, the principle of utility, and legal positivism », *Current Legal Problems*, vol. 56, 2003, p. 1-39). Il critique également l'interprétation de Hart pour avoir transformé ou occulté l'image complète des théories de Bentham, ce qui a largement limité les potentiels apports de celles-ci dans la philosophie du droit. (P. SCHOFIELD, « Jeremy Bentham and HLA Hart's "Utilitarian Tradition in Jurisprudence" », *Jurisprudence*, vol. 1, n° 2, 2010, p. 147-167). D'autres, sans pour autant abandonner cette étiquette, cherchent à proposer une qualification plus nuancée, soit en élargissant le classement du positivisme juridique, soit en mettant en relief les caractères atypiques des pensées benthamiennes, de telle sorte qu'il est sans doute judicieux de se demander si cette étiquette ne perd pas son importance explicative. Schauer plaide pour une compréhension du positivisme juridique plus variée que ce qu'a proposée Hart, pour bien tenir compte de la tradition que les utilitaristes représentent. (F. SCHAUER, « Positivism Before Hart », dans M. D. A. Freeman et P. Mindus (éd.), *The legacy of John Austin's jurisprudence*, Dordrecht New York, Springer, 2013, p. 271-290 ; « The Path-Dependence of Legal Positivism », *Virginia Law Review*, vol. 101, n° 4, 2015, p. 957-976.) Dyzenhaus propose de relier le positivisme à sa tradition politique — c'est-à-dire Hobbes et Bentham — et ainsi il remet en question la définition du

avant l'aspect historique, dans le cadre de notre enquête archéologique, ne signifie pas remonter dans le lignage des pensées dont Bentham a hérité, ni esquisser des éléments contextuels qui l'auraient influencé, encore moins signaler le fait que le terme de « positivisme » n'existait pas encore à son époque¹⁴. C'est avant tout pour nous situer dans sa vision du monde et dans son regard porté sur l'homme, c'est-à-dire dans la situation objectivée par lui-même et dont il tire une perspective particulière, pour laquelle il problématise l'ensemble de son époque dans le but de la réorganiser. Quand bien même on peut trouver quelques caractéristiques positivistes chez lui, elles ne sont pas forcément formées à partir des mêmes problématiques que celles posées par le positivisme juridique tel qu'on l'entend aujourd'hui. Cela signifie que l'on a peut-être affaire à un modèle scientifique complètement différent qu'on risque de ne pas pouvoir bien identifier, si l'on reste attaché à des catégories tirées de la compréhension du positivisme juridique et qu'on les emploie pour analyser ce modèle.

Ce qui nous intéresse ici, ce n'est donc pas seulement d'exposer le concept de droit et l'idée de la science du droit que propose Bentham, mais aussi de les remettre dans leur contexte, de saisir leur **rôle** et leur **usage** dans les efforts théoriques que Bentham mobilise dans le but de tisser une nouvelle organisation du monde moral¹⁵. Autrement

positivisme juridique proposé par Hart. (D. DYZENHAUS, « The Genealogy of Legal Positivism », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 1, 2004, p. 39-67). Stone parle d'une sorte d'oubli commun, sous l'influence de Hart, du contexte dans lequel l'utilitarisme est né, même s'il évoque les utilitaristes toujours en tant que premiers positivistes (M. STONE, « Legal Positivism as an Idea of Morality », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 61, n° 2, 2011, p. 313-341). Baranger observe chez Bentham une sorte de coexistence du naturalisme et du positivisme, deux catégories traditionnellement opposées, en suggérant que l'entreprise de Bentham accomplit le jusnaturalisme au sens où il établit un passage de la nature au droit à travers l'utilité. (D. BARANGER, « Bentham et la codification », *Droits*, n° 27, 1998, p. 17-37). À ce sujet, Perreau-Saussine, tout en préservant une étiquette positiviste pour Bentham, fait une comparaison plus détaillée entre sa conception utilitariste de la nature du droit et la théorie jusnaturaliste. (A. PERREAU-SAUSSINE, « Bentham and the Boot-strappers of Jurisprudence: the Moral Commitments of a Rationalist Legal Positivist », *Cambridge Law Journal*, vol. 63, n° 2, 2004, p. 346-383). La liste n'est bien évidemment pas exhaustive.

¹⁴ Si le courant philosophique du positivisme a été fondé par Auguste Comte, l'association « positivisme juridique » a apparue bien plus tard. Schauer la remonte au début du XX^{ème} siècle, avec J. KOHLER, *Lehrbuch der rechtsphilosophie*, Berlin, W. Rothschild, 1909. (F. SCHAUER, « Positivism Before Hart », *op. cit.*) Dans ce traité, le terme « *Rechtspositivismus* » semble interchangeable avec « *Positivismus* », et c'est ce dernier seulement qui est mentionné dans l'index. Les deux expressions apparaissent de manière tout aussi anecdotique dans l'ouvrage. Jean-Louis Halpérin repère l'apparition de « *Positivismus* », en tant qu'il est opposé au « *Naturrecht* », à une date un peu antérieure, en 1906, avec *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* de Hermann Kantorowicz. (J.-L. HALPÉRIN, « Kelsen dans la pensée juridique de langue allemande », dans E. Millard (éd.), *Hans Kelsen : Autobiographie*, Paris, Dalloz, 2023, p. 190, note 8) On pourrait estimer que c'est aux alentours du début du XX^e siècle que l'opposition entre le droit naturel et le positivisme s'est cristallisée, mais ce dernier était alors encore considéré comme une tendance et non pas une théorisation ou une école. Halpérin situe d'ailleurs le premier usage de l'expression complète — *Rechtspositivismus* — en 1914 dans *Grundzüge der Rechtsphilosophie* de Gustav Radbruch. (*Ibid.*, p. 87).

¹⁵ Chez Bentham, le mot « morale » a une autre acception que celle qui désigne les règles des mœurs dans la société. C'est le terme qu'il emploie souvent pour indiquer la catégorie la plus générale comprenant tout ce qui relève de l'ordre humain ou social : tout ce qui est politique, juridique, et déontologique. Son disciple, John Austin, que nous allons voir dans le Titre 3 de cette même Partie, entend le terme de la même façon.

dit, si l'on constate qu'émerge, d'une manière ou d'une autre, chez Bentham la problématique proprement positiviste, à savoir la question de la définition du droit ou de l'objet propre à la science du droit, elle a apparu dans un contexte où il était concrètement nécessaire que la question soit posée comme telle, et non pas simplement dans l'objectif de perfectionner la science. Cette question de la définition du droit qui est ensuite devenue l'un des rouages fondamentaux grâce auxquels le programme d'une nouvelle science du droit envisagée par Bentham pouvait seulement se mettre en œuvre, aurait donc perdu de son sens si elle avait été séparée de son rôle pour devenir, en termes de construction théorique, une problématique entièrement indépendante. Ou alors, cela aurait signifié que la science serait devenue tout autre chose que ce qu'elle avait jamais été jusqu'à ce moment-là pour le droit — ce qui est sans doute le cas du positivisme juridique au sens où la science du droit se voit dotée pour la première fois d'un statut indépendant de toute autre discipline, dont la théorie pure kelsenienne et, de l'autre côté, la *jurisprudence* descriptive de Hart, sont les représentants par excellence.

Afin de dissiper cette ressemblance de façade entre la science du droit benthamienne que l'on qualifie de positiviste et le positivisme juridique qui se veut une science autonome, et de signaler leur différence qui peut être facilement ignorée si l'on se concentre seulement sur la question du concept de droit, il faut porter notre attention sur l'utilité de la science dans le domaine du droit, selon notre penseur utilitariste. Au lieu de prendre le parti du vainqueur de l'histoire et de reconnaître que le droit a eu l'une de ses premières expressions démystifiées¹⁶ grâce à Bentham — sous-entendu que le droit a toujours eu une identité inhérente et longtemps voilée — nous allons inverser cette remarque en nous posant la question archéologique suivante : pourquoi, et à partir de quel moment, une compréhension d'ordre moral du droit ne convenait plus et est devenue questionnable, au point qu'il y ait eu besoin de construire une autre manière, dite scientifique, de penser cet art et ce savoir qu'est le droit ? Ainsi, nous localisons notre problématique à un moment antérieur : pour comprendre la différence entre Bentham et le positivisme contemporain, il faut commencer par comprendre ce qui distingue Bentham de son époque.

¹⁶ Pour reprendre le terme de Hart. H. L. A. HART, *Essays on Bentham : Jurisprudence and Political Theory*, *op. cit.*

Le changement de paradigme que représente la science du droit de Bentham avait un arrière-plan dont les divers aspects dépassent largement la portée de notre présent projet : la transformation du système de croyance, l'esprit critique des Lumières, l'individualisme, la construction des États modernes, etc. Mais si l'on réduit un peu le champ d'observation, il s'agit globalement d'un conflit entre une tradition de la science juridique et l'esprit critique qui cherche à en sortir. En effet, cette tradition partagée par le monde occidental pendant des siècles propose un modèle scientifique qui ne sépare pas le système du droit de la science du droit. La particularité de ce modèle ne réside pas dans le fait que le droit soit étudié de manière scientifique, mais dans l'idée selon laquelle le droit, qui ne peut s'effectuer en pleine force qu'avec ses règles et principes internes opérés avec justesse, est de ce fait en partie composé de la science. Cette part scientifique peut se représenter sous différentes formes : des doctrines, de la scolastique ou encore des concepts fondamentaux considérés comme intrinsèquement rationnels, etc. Les raisonnements qui émanent des juristes et des législateurs, raisonnements qui concernent les principes juridiques et qui sont nécessaires à leur bon fonctionnement, sont pour autant « non seulement des assertions à *propos du* droit, mais aussi des assertions *du* droit »¹⁷. Le droit est un corps de savoir hétérogène puisque comprenant et des éléments factuels et des théories, mais il est en même temps cohérent et, grâce au mécanisme qui intègre systématiquement des idées issues des raisonnements des juristes, capable d'évoluer en gardant toujours son unité. Dans le cas du droit anglais, selon Harold J. Berman, ce même modèle traditionnel a déjà connu une rénovation de la fin du XVII^e siècle à la première moitié du XVIII^e siècle : en plus de cette **science interne** du droit, les traités du droit à l'époque avaient pour but de lui accorder une structure plus organisée et systémique, parfois en recourant à des méthodes d'autres disciplines — cette littérature constituait donc **la science externe** du droit.¹⁸ Le travail de William Blackstone, que Berman qualifie de combinaison des principes jusnaturalistes (interne) avec la méthode historique des empiristes scientifiques anglais (externe)¹⁹, constitue justement le meilleur exemple de

¹⁷ Harold. J. BERMAN, *Law and Revolution II: the Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2003, p. 271.

¹⁸ *Ibid.*, p. 272.

¹⁹ *Ibid.*, p. 483, note 80.

l'avancement de cet aspect externe.²⁰ Toujours est-il que les travaux de cette époque ne distinguaient pas nettement ces deux aspects de la science²¹, et le droit n'était pas non plus, même avec cette nouvelle image de la science juridique, considéré comme séparé de la science. En revanche, le but était justement que le droit se structure de plus en plus en tant que science. En d'autres termes, les nouvelles méthodes exigeant une certaine objectivité scientifique facilitaient tout simplement l'analyse et l'exposition du système juridique, mais ceci n'a rien changé à la mission des juristes qui consistait à donner une structure cohérente à un corps de savoirs contenant divers objectifs moraux, politiques, et historiques, souvent incompatibles les uns avec les autres²² — c'était là tout l'enjeu de l'art de la science du droit.

C'est ainsi que cette innovation, que les historiens du droit reconnaissent chez des personnages comme Blackstone, revêt en revanche aux yeux de Bentham, c'est-à-dire une génération plus tard seulement, une image conservatrice qui contrarierait l'amélioration de la *jurisprudence*. Bentham émettait beaucoup de critiques sévères à l'encontre du système de la *common law* ainsi que de la *jurisprudence* de son époque, mais elles provenaient toutes au fond d'une défiance envers l'incontournable ambiguïté que le modèle traditionnel implique, et d'une hostilité quant au fait que ce modèle n'ait pas été conçu avec une vision critique et réformiste. Nous allons voir, au fur et à mesure de notre discussion, que la manière dont Bentham imaginait la science du droit montre une tendance manifeste à la primauté de la science externe sur la science interne du droit — pour reprendre la terminologie de Berman. Ou, pour le dire d'une façon plus compatible avec le système de Bentham : il y a d'abord l'idée de la Science — laquelle est, au fond, une entreprise méthodique de la Raison, qui présuppose qu'il existe des logiques, des méthodes, des rationalités et des vérités qui sont communes à tous les domaines et dont la validité est immanente —, et il y a les différentes branches de la science (application des méthodes et des raisonnements scientifiques à

²⁰ Les efforts et la méthode d'organisation de Blackstone pour transformer les lois en un système cohérent et rationnel sont en effet impressionnants, étant donné que la technicité et la complexité de l'état du droit anglais de l'époque le rendait inaccessible aux gens du commun, et que nombreux étaient ceux qui le décrivaient comme un labyrinthe. Sur ce point et les fameux *Commentaries on the Laws of England* de Blackstone, voir D. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 31-55.

²¹ Harold. J. BERMAN, *Law and Revolution II: the Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, *op. cit.*, p. 272.

²² *Ibid.*, p. 297.

des domaines particuliers), parmi lesquelles la science du monde moral (au sens large du terme), dont la science du droit est une subdivision. Du point de vue de Bentham, si un système de droit, avec ses institutions et ses principes déjà établis, possède une structure revêtant déjà une certaine qualité scientifique, celle-ci n'a pas pour origine le système lui-même. Elle est le résultat des **interventions** scientifiques. (Et dans le cas auquel Bentham se retrouvait confronté, les interventions n'étant pas au point, ce résultat lui était peu satisfaisant). C'est la Science et non le droit qui détermine la scientificité du droit. C'est en outre au système du droit d'être soumis à l'examen, au jugement et à la théorisation opérés par la Science, et non pas à la Science de trouver la cohérence dans un système qui n'est en réalité pas cohérent. Et c'est enfin à la Science de déterminer la fin et la raison du droit, qui ne saurait les tirer de lui-même. Le positivisme, le naturalisme, et le caractère technocratique observable chez Bentham dans sa manière d'élaborer la *jurisprudence* — ces tendances qui ne sont pas sans contradictions les unes avec les autres, peuvent toutes trouver leur origine dans cette nouvelle configuration où la scientificité se sépare des matières juridiques et s'élève à un niveau au-dessus. En même temps, la Science se retrouve dirigée par l'utilitarisme, idéologie politique qui emportait l'inébranlable conviction de Bentham. En ce sens, l'objectivité de la Science ne fait pas pour autant d'elle une fin en soi, car elle est orientée par un objectif sans lequel elle perd même du sens en tant que science. Elle est donc destinée à être utile, à être chargée de missions. Ainsi, la Science a certes une portée plus générale que le droit et un fonctionnement que celui-ci ne partage pas, elle est néanmoins au service du droit, de son amélioration, de sa réforme. La coordination est claire depuis l'ultime objectif de l'engagement politique de notre utilitariste : l'Utilité est la fin, le Droit est l'outil, et la Science est la méthode pour éclaircir la première afin de construire le deuxième. En conséquence, si le droit en tant que tel n'a plus de prise sur sa propre scientificité, la science du droit, quant à elle, perdra sa propre raison d'être si elle prend le droit seulement en tant que tel et n'intervient pas dans son évolution.

En abandonnant complètement la foi en de quelconques autorités établies, et en croyant à la raison indépendante de toute autorité et incarnée par le principe d'utilité — lequel est, de surcroît, scientifique — Bentham représentait un moment où la science

du droit est parvenue à se projeter dans un modèle qui rompt avec cette tradition occidentale, dans laquelle le droit est imaginé comme un corps intrinsèquement intelligible et cohérent. Mais c'est aussi par la même configuration que ce modèle utilitariste pourrait être distingué d'une manière tout aussi radicale du modèle positiviste contemporain, dans lequel non seulement le droit ne possède plus sa propre raison d'être, mais même la science du droit, pour être rigoureusement objective, ne s'occupe pas non plus d'élaborer celle-ci. En ce sens, non seulement le modèle benthamien de la science du droit s'oppose à ces deux modèles qui se veulent opposés l'un à l'autre (traditionnel / jusnaturaliste vs positiviste), mais il s'installe aussi comme leur centre de symétrie qui révèle malgré eux leur ressemblance : quoique chacun à sa manière, il s'agit toujours d'avancer une sorte d'autonomie — l'autonomie du droit intelligible en soi pour l'un, et l'autonomie de la science du droit dont la validité est indifférente à celle du droit, pour l'autre. Pourtant, quel que soit le type d'autonomie, on n'en tire aucune lumière quant à la direction que doit prendre le droit ou la science du droit. Aussi, selon la logique utilitariste, tous deux seraient voués à être des sciences défectueuses.

Le virage positiviste s'est produit en réalité tout juste après Bentham, au sein de son camp utilitariste, qui plus est. Disciple de Bentham, John Austin est reconnu comme le précurseur le plus important de l'école de la *jurisprudence* analytique. Bien moins productif et créatif que son maître, c'est pourtant son modèle qui connaît des successeurs et des variations subséquentes. C'est que les juristes et les philosophes du droit depuis la deuxième moitié du XIX^e siècle arrivent toujours à voir dans le système actuel du droit le même type d'objet que la science autonome du droit austinienne a configuré, malgré les diverses modifications qu'ils apportent au contenu du concept de droit. En revanche, le droit de Bentham étant imaginé dans ses projets de codification comme un terrain vierge qui attend que la science réformatrice le bâtit de toute pièce, son modèle est certes riche en intérêts théoriques, mais il ne désigne plus la mission dont les juristes se retrouvent chargés depuis. Avec l'institutionnalisation de l'éducation et du développement scientifique du droit, leur place est désormais à l'université ; ce n'est plus à travers les réformes politiques que se trouve le sens de leur activité. Le modèle scientifique benthamien, une autre solution avant même le

positivisme pour sortir du régime naturaliste, n'a donc vécu qu'une très courte durée. Néanmoins, cette courte existence est suffisante pour relativiser le paradigme positiviste qui règne aujourd'hui, et pour dévoiler ses conditions de possibilité.

En observant la manière dont les deux problématiques positivistes — la séparation de l'être et le devoir être du droit et la définition du concept de droit — se manifestent dans la science du droit utilitariste, nous montrerons que ces évolutions qui semblent constituer les conditions de possibilité de l'émergence du positivisme juridique, ont été en réalité mobilisées pour des raisons qui seraient à l'encontre de celui-ci. Si ce décalage entre le « résultat » final et sa prétendue origine est perçu comme chose normale par l'histoire des idées juridiques qui voit dans l'évolution de la conception du droit une progression par laquelle le droit atteint son état pur et objectif, il est considéré par notre approche archéologique, à travers les comparaisons entre différents modèles scientifiques, comme une rupture fondamentale, révélatrice de nombreux facteurs qui peuvent être considérés comme constituant le politique de la catégorie scientifique. Notre enquête dans cette partie se limite à la démonstration de cette rupture, en déployant et analysant la structure épistémologique de la science du droit de Bentham — d'abord en relation avec la tradition qu'il a pour but de critiquer (Titre 1, la problématique de la thèse de séparation), ensuite à travers ses propres façons d'imaginer le droit (Titre 2, la problématique de la définition du droit) —, et en mettant en parallèle la science du droit de Austin pour souligner la différence structurelle cachée sous la ressemblance d'une conception du droit (Titre 3).

Titre 1 DE L'UTILITÉ DE LA SCIENCE

Chapitre 1 La distinction entre ce qui est et ce qui doit être : conflit des modèles scientifiques

On se rappelle facilement, sans doute parce que la logique du positivisme nous est tellement familière, la définition du droit que Bentham aurait donnée : tout d'abord, il faut bien distinguer le droit tel qu'il est du droit tel qu'il doit être (*the law as it is and the law as it ought to be*) ; ensuite, pour ce qui est du premier, le droit est essentiellement une expression de la volonté du souverain, sous la forme d'un commandement donné par un supérieur à un inférieur. D'abord la séparation de l'être et le devoir-être, ensuite une définition pour le droit tel qu'il est, et finalement, l'abstention des jugements pour ce qu'il devrait être — voilà une présentation typique de la logique propre au positivisme. Résumée de cette manière, ce processus de définition se présente comme un seul raisonnement qui se déroule en deux temps — l'encadrement de la tâche en premier lieu, son accomplissement en second —, et il s'agit bel et bien de la définition du droit, du droit dans son mode d'être. Ainsi sont fondées, comme on pourrait le déduire, les idées philosophiques de Bentham concernant la notion de droit, sur lesquelles se basent ses projets de réformes juridiques, dont notamment *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Une question se pose donc : comment une telle compréhension positiviste sur le fondement du système juridique parviendrait-elle à mener un projet qui met côte à côte les deux thèmes principaux (la morale et la législation) qu'un positivisme juridique ne saurait traiter ? La question peut aussi se poser dans le sens inverse : si le projet est de concrétiser, dans le monde moral et l'art de la législation, le principe d'utilité, pourquoi faut-il avoir pour fondement une notion de droit positiviste ?

Le problème provient de ce qu'une telle compréhension du concept de droit de Bentham, du fait qu'elle part d'une recherche de la cohérence théorique, mêle des

questions de différents niveaux et efface ainsi leur complexité. Car, chez Bentham, si la thèse selon laquelle le droit est essentiellement un genre de commandement semble répondre directement à la question de sa définition, l'idée de la séparation entre ce qui est et ce qui doit être est avant tout mobilisée pour d'autres raisons et ne vise justement pas à saisir le mode d'être du droit. Nous allons mettre en lumière ce point en suivant la pensée de Bentham.

Section 1 Présentation de l'enjeu

Les fameux passages dans lesquels on rencontre la dichotomie de ce qui est et ce qui doit être chez Bentham sont les suivants :

La jurisprudence est l'art de savoir ce qui a été réellement fait en tant que gouvernement intérieur.

La jurisprudence, pour autant qu'elle concerne la *common law*, est l'art de savoir ce qui a été réellement fait en tant que gouvernement selon la méthode silencieuse.

La jurisprudence, pour autant qu'elle concerne le droit législatif (*the Statute Law*), est l'art de savoir ce qui a été réellement fait avec la méthode énonciative.

Le but de savoir ce qui a été fait par le gouvernement avec la méthode silencieuse dans des affaires passées, c'est de pouvoir conjecturer ce qui sera probablement fait pour les cas à venir supposément similaires. C'est ce qui est certainement proclamé par la méthode énonciative.

On pourrait concevoir une science, qui serait l'art de savoir ce qui doit être fait en tant que gouvernement intérieur.

Maintenant, la situation est telle qu'il n'existe pas encore de science de ce genre. Il n'y a donc rien de surprenant qu'il n'y ait pas de nom pour celle-ci. Une telle science n'a jamais existé, car aucun livre qui aurait prétendu en contenir la matière, ou ses branches standard, n'a jamais existé. Et le pouvoir des noms sur le travail de l'intellect est tel qu'une science peut à peine être considérée comme existante tant qu'elle n'en a pas un.²³

²³ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inerenda », dans D. G. Long et P. Schofield (éd.), *Preparatory Principles*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2016, p. 321, paras. 1023-7.

À partir de cette note manuscrite rassemblée ultérieurement sous le titre *Preparatory Principles: Inserenda*²⁴, œuvre non pas d'un travail systémique et qui ressemble plutôt à un cahier d'idées préparatoires pour des questions de base, et le plus souvent philosophiques, concernant ses projets de réforme et de codification, Bentham développera, dans son *A Fragment on Government* (1776), une distinction entre deux modes d'activités intellectuelles toujours sur la question du droit, qu'il appellera respectivement « Exposant » (*Expositor*) et « Censeur » (*Censor*) :

Il y a deux caractères dont on pourrait dire que chacun ayant quelque chose à dire au sujet du droit s'approprie soit l'un soit l'autre : celui de l'Exposant (*Expositor*) et celui du Censeur (*Censor*). C'est au domaine de l'Exposant de nous expliquer ce qu'est, d'après lui, le droit ; à celui du Censeur, de nous révéler ce qu'il pense que le droit devrait être. Ainsi, le premier s'occupe principalement de constater ou d'enquêter sur les faits ; le second, de discuter les raisons. L'Exposant, restant dans son domaine, n'a affaire à aucune faculté de l'esprit à part l'appréhension, la mémoire, et le jugement. Le Censeur, en vertu des sentiments de plaisir ou de déplaisir qu'il trouve l'occasion d'annexer aux objets qu'il examine, conserve des liens avec des affections. Ce qu'est le Droit est largement différent selon les pays, tandis que ce qu'il devrait être est à un haut degré identique dans tous les pays. Par conséquent, l'Exposant reste toujours citoyen de tel ou tel pays particulier, et **le Censeur est, ou devrait être**, citoyen du monde. C'est à l'Exposant de montrer ce qu'ont déjà fait le Législateur et le subordonné de celui-ci, le Juge ; c'est au Censeur de proposer ce que le Législateur devrait faire à l'avenir. En un mot, c'est au Censeur d'enseigner la science — devenue un art lorsque celle-ci a changé de mains — que le Législateur exerce.²⁵

Le premier point qu'il convient de remarquer dans ces deux passages, est qu'il s'agit de la science du droit, ou des manières dont la question du droit peut être abordée, et non pas directement du droit lui-même. Le premier passage donne une définition au genre de savoir qu'est la *jurisprudence*, tout en envisageant un autre genre qui n'existe pas encore mais qui peut être conçu. Le second passage, en nommant celui-ci à travers une comparaison des points de vue différents de ces deux acteurs scientifiques, lui donne une sorte de première naissance. La dichotomie de ce qui est et ce qui doit être, exprime en fait la position de celui qui entreprend la science, et non pas celle de son

²⁴ La date précise de cet ouvrage n'est pas connue, mais il se peut que ce regroupement de manuscrits ait été en grande partie composé au milieu des années 1770. Voir l'introduction éditoriale de J. BENTHAM, *Preparatory Principles*, D. G. Long et P. Schofield (éd.), Oxford, New York, Oxford University Press, 2016

²⁵ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, J. H. Burns et H. L. A. Hart (éd.), London, The Athlone Press, 1977, p. 397-398.

objet (ou de son « objectif », si on se situe comme « censeur ».) Ce point peut être constaté non seulement à travers la mise en avant des modes « exposant » et « censeur », mais aussi par le simple fait que même les termes « ce qu'est le droit » sont complétés, dans la formulation, par un « d'après lui (exposant) ». Le deuxième point à remarquer à la lecture des contextes globaux dans lesquels figurent ces passages, est que ces réflexions sur des modes scientifiques différents pour l'étude du droit, ne sont pas introduites spécifiquement dans le prolongement des discussions sur le concept de droit, et ce ni en termes de raisonnement, ni même d'organisation du texte. Sans pour autant nier la possibilité d'un rapport quelconque entre cette démarche de distinction et la tentative de définir le droit, il faut plutôt considérer que le premier souci de Bentham est de savoir comment définir sa propre position en vue du genre de travail scientifique qu'il compte entamer. C'est une question qu'il se pose dans *Preparatory Principles: Inserenda* et à laquelle il essaie de répondre dans *A Fragment on Government*, à l'aide de la conceptualisation de la dichotomie d'« exposant-censeur », alors que, comme nous le verrons plus tard, il ne s'agit pas de choisir soit l'un, soit l'autre.

En effet, Bentham prépare son terrain : il cherche à dégager un nouveau domaine dans lequel il peut faire siéger et catégoriser son travail, terrain qui n'existait pas avant lui et dont il faut tirer l'existence des domaines existants. À ce titre, pour en venir à notre troisième point, on peut noter que dans le texte de Bentham, l'apparition de cette idée de distinguer entre ces deux modes scientifiques est souvent liée à ses critiques portant sur des auteurs qui l'ont précédé, mais dont les doctrines règnent toujours sur la science juridique de son époque. En critiquant des jusnaturalistes comme « Grotius, Puffendorf, Heineccius, Vattel, et Burlamaqui, et tant d'autres »²⁶, par exemple, il souligne le manque de distinction de ce genre dans leur méthode, ce qui fait qu'ils « ont écrit de gros livres contenant tout et rien »²⁷ :

Ici, ils nous racontent ce qu'ont fait, font, ou feraient les hommes dans un État non-gouverné ; là, ce que les hommes devraient faire, et ce, ils le disent comme cela leur convient, sans nous expliquer pour quelle raison ils le

²⁶ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », *op. cit.*, p. 137, para. 414.

²⁷ *Ibid.*, p. 137.

pensent. Ensuite, ils nous disent ce que font réellement les hommes dans tous les États gouvernés, puis, ce que les hommes font dans l'État gouverné où ces auteurs eux-mêmes se trouvent ; plus tard, ils parlent de ce que les hommes devraient faire dans tous les États, avant de passer à ce qu'ils devraient faire dans un État particulier. [...] Ce département de la science a été jusqu'ici habité par des travaux hétérogènes qui sont pour la plupart, si ce n'est tous, confus, illusoire et insatisfaisants : en manque total de perspectives distinctes pour leurs objets respectifs²⁸.

Mais le plus emblématique demeure le passage portant sur la distinction entre l'exposant et le censeur que nous avons cité plus haut, qui joue un rôle décisif dans ses critiques de sa cible première — Sir William Blackstone, l'un des maîtres du jeune Bentham et connu pour ses *Commentaries on the Laws of England* (1765-1770) (désormais *Commentaries*) basés sur ses cours à Oxford. C'est au renversement de cette œuvre que Bentham consacre son *A Comment on the Commentaries*²⁹ et *A Fragment on Government*.³⁰ Se trouvant dans la préface du dernier qui a pour but de démontrer les raisons pour lesquelles Bentham s'engage à faire une « guerre »³¹ contre les *Commentaries* de Blackstone, ce passage saute aux yeux par son caractère parfaitement théorique, comme ayant une valeur universelle et indépendante, précisément dans un contexte marqué par de vives condamnations contre le style, la méthode, les raisonnements de l'ouvrage en question, et même l'intention de son auteur. Ces

²⁸ *Id.*. Un autre passage similaire se trouve dans *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns, H. L. A. Hart et F. Rosen (éd.), Oxford, New York, Oxford University Press, 1996, p. 298, note a2 : « *Of what stamp are the works of Grotius, Puffendorf, and Burlamaqui? Are they political or ethical, historical or juridical, expository or censorial? — Sometimes one thing, sometimes another: they seem hardly to have settled the matter with themselves. A defect this to which all books must almost unavoidably be liable, which take for their subject the pretended law of nature; an obscure phantom, which, in the imaginations of those who go in chase of it, points sometimes to manners, sometimes to laws, sometimes to what law is, sometimes to what it ought to be.* »

²⁹ Projet que Bentham a commencé en 1774 mais a ensuite abandonné pour diverses raisons au sujet desquelles on ne dispose que d'explications hypothétiques. La publication en 1776 de *A Fragment on Government* originellement prévu comme un sous-projet de *A Comment* pourrait être l'une des raisons principales. En revanche, le projet de *A Comment* n'a été publié pour la première fois qu'en 1928 (édition annotée par Charles Warren Everett, Oxford: Clarendon Press). Voir l'introduction éditoriale de J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, notamment p. xxiv-xxviii ; et la préface de *Fragment* (*Ibid.*, p. 394-397).

³⁰ Pour plus de détails sur la vie de Blackstone, voir l'introduction éditoriale de Prest dans W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. Book I: Of the Rights of Persons*, W. Prest et D. Lemmings (éd.), Oxford, Oxford University Press, 2016, p. vii-xv ; sur la difficulté d'évaluer proprement les héritages des *Commentaries* et les engagements politiques de Blackstone dans la tradition de la *common law*, surtout sous l'influence de la critique apportée par Bentham, voir W. PREST, « Blackstone and Biography », dans W. Prest (éd.), *Blackstone and his Commentaries: Biography, Law, History*, Portland, Hart Publishing, 2009, p. 3-14. Sur la très légère rencontre personnelle de ces deux personnalités, voir l'introduction éditoriale dans J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, p. xix-xxiv. Pour une présentation plus complète de la critique par Bentham de la *common law* et de la doctrine du droit naturel que représente le travail de Blackstone, voir D. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, *op. cit.*, p. 219-240 et G. J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, *op. cit.* ; sur la manière dont les pensées de Bentham se sont construites autour de sa critique contre Blackstone, voir J. H. BURNS, « Bentham and Blackstone: A Lifetime's Dialectic », *Utilitas*, vol. 1, n° 1, 1989, p. 22-40 ; sur la pertinence de cette critique, R. A. POSNER, « Blackstone and Bentham », *The Journal of Law & Economics*, vol. 19, n° 3, 1976, p. 569-606.

³¹ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, p. 397.

critiques commencent avec cette dichotomie des deux modes scientifiques, qui ne fait pourtant pas simplement office de point de départ. Nous montrerons dans les analyses suivantes que, non seulement elle devient une source de réflexion qui accompagne chaque attaque que mène Bentham contre l'œuvre de Blackstone et le conservatisme qui en émane, mais elle constitue aussi une position fondamentale propre à l'entreprise de Bentham, la seule position à partir de laquelle la science peut acquérir sa véritable valeur selon lui. Tout l'enjeu réside non dans une rupture totale, mais bien dans un certain rapport entre les deux pôles de la dichotomie en question, ainsi que dans le mécanisme que ce rapport assure au bénéfice de l'introduction des projets de réformes dans le système du droit.

Il suffit de prendre en compte, pour l'instant, le fait que la distinction entre ce qui est et ce qui doit être, distinction entre la jurisprudence au sens classique du terme et la nouvelle science que Bentham essaie d'évoquer par le terme « la jurisprudence critique » (*critical jurisprudence*), entre autres³², acquiert sa véritable signification à partir d'un contexte dans lequel notre auteur cherche à théoriser une nouvelle méthode pour la science du droit, dont la définition du droit n'est qu'une partie parmi d'autres. Notre prochaine étape consiste donc à comprendre pourquoi, dans la perspective de Bentham, cette distinction est une opération nécessaire, et comment elle fonctionne pour écarter l'ancienne science et préparer une place bien fondée et propre à la nouvelle science, art universel ayant pour but d'organiser les sociétés humaines avec le principe d'utilité.

Section 2 « Tout est tel qu'il doit être » — critique du Droit Naturel

³² Tels que : « jurisprudence universelle », « l'art de législation », « la science de la politique intérieure », « la science de la politique juridique (*legal politics*) », « la science de la politique de la jurisprudence (*jurisprudential politics*) ». Bentham hésitait entre ces divers termes et revenait régulièrement, comme on le remarque dans *Preparatory Principles: Inserenda*, à l'importance et à l'enjeu de la dénomination des choses. Il a finalement transigé avec « la jurisprudence critique », tout en laissant de la marge à d'autres appellations possibles. Voir J. BENTHAM, *Preparatory Principles, op. cit.*, p. xxiv, 187, 322.

I La naissance d'une absence de scientificité : un schéma archéologique

Rappelons-nous cette position de l'approche archéologique : l'existence de la Vérité n'étant qu'un postulat, et toute idée n'étant objective que dans un contexte donné, chaque concept, peu importe combien il nous semble absurde aujourd'hui, pouvait parfaitement tenir à l'époque où il était considéré comme vrai, et il n'y avait aucune raison de remettre en question sa validité tant qu'il fonctionnait bien. Un concept n'est plus valable à partir du moment où il ne convient plus au contexte où il se trouve : dès lors, il perd son objectivité. Autrement dit, si, à un moment donné dans l'histoire, un concept a été remis en question, ce n'est pas à partir de quelques éléments de sa définition qui se sont révélés faux que l'on va trouver l'explication de ce changement, mais plutôt au regard de son fonctionnement qui n'est plus à propos, ou plutôt, qui n'est plus désirable. De ce fait, l'évolution des concepts — qu'il s'agisse de leur émergence, de leur disparition ou de changements de sens — ne peut pas être vue comme un processus dans lequel des efforts intellectuels rapprochent l'humanité de la vérité, mais comme la partie manifeste de l'évolution des fonctions, qu'elles soient théoriques ou pratiques, que ces concepts sont censés accomplir ou ont échoué à accomplir.

L'émergence de la problématique de la distinction entre l'être et le devoir-être du droit en est un exemple par excellence, dans le sens où sa logique se présente comme une telle évidence que, depuis qu'elle est établie, on n'arrive plus à justifier la scientificité de l'ancien modèle sans la prendre en compte, que ce soit en la réfutant, ou en l'intégrant. À tel point que l'on pourrait se demander comment il était possible que l'absence de cette distinction n'eût jamais dérangé la science du droit jusqu'à ce que ce soit le cas.

Mais pour le plus grand ennemi que cette logique cherche à critiquer — la doctrine du Droit Naturel —, il n'y a sans doute rien de problématique dans cette absence, puisque, au contraire, c'est justement grâce à elle que la doctrine peut être valable. Ou il faut plutôt dire que la doctrine ne voit pas qu'il y a une absence. Si le Droit est dirigé

par une ultime Loi de la Nature (qu'il s'agisse de l'ordre naturel du monde physique ou social), s'il est l'incarnation même de celle-ci, il est impensable qu'il y ait une dimension réelle séparée de la dimension impérative, car toutes deux devraient être une seule et même chose : le Droit est juste car l'existence naturelle des choses en témoigne ; il existe (c'est-à-dire est valide) comme tel car la justice de la nature l'exige — **il est tel qu'il doit être**. À l'aide de la notion de « Nature », l'autorité du Droit ne peut qu'être inhérente au Droit lui-même et ne réside nulle part ailleurs, et c'est précisément en suivant cette logique que le concept de Droit peut demeurer stable et performatif. Ce mécanisme d'auto-légitimation présente certes une tendance à affirmer l'ordre établi, cela n'empêche pourtant pas la doctrine de renouveler le système juridique en recourant, paradoxalement, toujours à la notion de Droit Naturel. À chaque fois redécouverte, réinterprétée et, de ce fait, renforcée, cette notion est inlassablement invoquée de telle manière qu'elle permette au contenu et à la portée du Droit d'évoluer sans que la formule « il est tel qu'il doit être » soit brisée³³.

Ne plus cautionner cette formule et la remettre en question revient à franchir un seuil décisif vers la rupture avec le régime du Droit Naturel. Mais cette rupture d'ordre logique s'avère emblématique au sens où elle n'est que la partie émergée d'un plus grand combat ; ou plutôt, c'est en vue de ce dernier que la logique en question devient problématique. Il ne s'agit pas seulement de repenser la méthode scientifique, ou de faire valoir quelques idées qui ne se résument pas sous la bannière de la Loi de la Nature. Il s'agit plus généralement de modifier les mécanismes à travers lesquels le système juridique évolue, dans le but de pouvoir prendre en main le façonnage des rapports sociaux, des institutions, de l'État, ou du rôle de l'individu, de manière à ce que les changements soient garantis et plus efficaces. Pour l'esprit réformiste lassé du Droit Naturel nébuleux, susceptible à ses yeux de basculer vers le plus progressiste comme vers le plus conservateur, il s'agit donc finalement d'instrumentaliser le droit

³³ Voici un exemple de ce type de manœuvre de raisonnement que l'on peut trouver chez Blackstone : « [...] he [the judge] being sworn to determine, not according to his own private judgment, but according to the known laws and customs of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one. Yet this rule admits of exception, where the former determination is most evidently contrary to reason; much more if it be clearly contrary to the divine law. But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law; that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined. » (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. Book I: Of the Rights of Persons*, op. cit., p. 52 [p. 69-70 dans l'édition originale]).

(dont la majuscule n'a plus lieu d'être), de le soumettre au service des projets qui ne découlent ni d'une valeur supposément surhumaine ni d'un plan préalablement écrit, et de libérer sa raison d'être pour qu'elle soit ouverte à la construction intellectuelle que la volonté humaine exerce de plein droit. Il faut donc s'attaquer à la formule « il est tel qu'il doit être ». Si l'on a pour ambition de réformer le système juridique, cette formule ne peut plus être logique. Il faut que l'autorité du Droit soit ôtée du droit lui-même, confiée ailleurs, et ce quel que soit le nom attribué à cette nouvelle source de légitimation ainsi créée (la morale, la société, le peuple, la souveraineté, ou encore une autre notion de nature). Inversement, cela veut dire aussi que le droit devrait avoir une autre dimension qui ne peut plus être déduite de sa source de légitimation, dimension qui s'en distingue pour figurer sa propre existence. Il faut donc que « le droit ne soit plus forcément ce qu'il doit être », que d'abord « le droit qui est » soit indépendamment pensable. Établir une distance entre l'être et le devoir-être, voilà la logique de réforme en vue d'un changement de paradigme plus radical, qui consiste à ouvrir la possibilité de militer, au moins théoriquement, chacun selon son système de valeurs, en faveur d'un nouveau devoir-être que le droit tel qu'il est devrait devenir. Désormais, la formule « le droit est tel qu'il doit être » n'a plus de sens. Elle est remplacée par une nouvelle problématique que le schéma réformiste renouvelle à jamais : le droit devrait être ce qu'il doit être, puisqu'il ne l'est (toujours) pas encore.

Le scénario archéologique que nous venons d'esquisser présente justement une lecture de la critique de Blackstone par Bentham. Il explique également le point de départ des deux grandes lignes de la science du droit de Bentham : la recherche de précision et de clarté dans la définition des notions juridiques, et l'élaboration des projets de lois — respectivement le travail de l'exposant et celui du censeur. Si la distinction entre ces deux dimensions n'a pas lieu d'être dans l'approche de Blackstone, son absence devient, aux yeux de Bentham, le plus grand défaut au point même d'être l'origine de tous les autres. En partant de cet a priori, Bentham qualifie d'abord *Commentaries on the Laws of England* d'ouvrage qui prétend apprendre aux gens des idées concernant « non seulement ce qu'est le droit, mais aussi ce qu'il doit être »³⁴, avant de conclure

³⁴ « That this book is to a very great degree in possession of setting the Law to men's opinions, one cannot doubt. To their opinions, I mean not merely as to what is Law, (that were a small matter) but as to what ought to be. » J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », *op. cit.*, p. 291, para. 953.

en estimant que « l'idée qui semble être constante et que presque l'intégralité de la portée de l'ouvrage inculque est ceci : tout ce qui est, doit toujours l'être (*that ought ever to be, which is*). »³⁵, idée qui aurait une telle conséquence de « produire une débilité épidémique sur le département moral de l'intellect humain ; un état d'indolence et de passivité abjecte... »³⁶.

Que la non-distinction des deux dimensions conduise à la décadence du département de la faculté humaine se chargeant des affaires morales, on le comprend mieux dans sa critique de la notion de Droit Naturel telle qu'elle est présentée par Blackstone. Critique qui ne s'appuie pas tant sur la fausseté ni le caractère contestable de la doctrine que, de manière plus radicale, sur son manque de rapport nécessaire avec l'activité intellectuelle :

Si la « Loi de la Nature » est « la volonté » du « créateur » de l'homme, et si « la conformité » « en tout point » à cette volonté est une affaire « nécessaire » ; si l'homme est dans un état de « dépendance absolue » à l'égard de son créateur, et si « l'obligation », selon laquelle un inférieur doit considérer comme sa propre règle de conduite la volonté de celui de qui il dépend, est « inévitable », cette loi (même s'il n'existe pas une telle chose) est en fait observée « en tout point » : « nécessairement » et « inévitablement » observée. Par conséquent, il ne peut y avoir aucune utilité à dire quoi que ce soit sur ce sujet, car, que l'on en dise beaucoup ou rien du tout, « tout est tel qu'il doit être » (*every thing is as it should be*).³⁷

« Tout est maintenant tel qu'il doit être. » La tournure est propre à Blackstone et apparaît dans un passage portant sur une nouvelle loi qui concerne l'hérésie, à l'occasion duquel il reconnaît l'excellence de son temps en matière juridique par rapport aux temps antérieurs³⁸. Cette phrase qui aurait pu passer inaperçue devient pour

³⁵ *Ibid.*, p. 291-292.

³⁶ *Ibid.*, p. 292.

³⁷ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, p. 13. Les parties entre guillemets dans la citation sont les mots de Blackstone repris par Bentham. Voici le passage originel de Blackstone en question : « *Man, considered as a creature, must necessarily be subject to the laws of his Creator, for he is entirely a dependent being. A being, independent of any other, has no rule to pursue, but such as he prescribes to himself; but a state of dependence will inevitably oblige the inferior to take the will of him on whom he depends as the rule of his conduct; not, indeed, in every particular, but in all those points wherein his dependence consists. This principle, therefore, has more or less extent and effect, in proportion as the superiority of the one and the dependence of the other is greater or less, absolute or limited. And consequently, as man depends absolutely upon his Maker for every thing, it is necessary that he should, in all points, conform to his Maker's will. This will of his Maker is called the law of nature. [...]* » (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. Book I: Of the Rights of Persons*, *op. cit.*, p. 33-34, [p. 39 dans l'édition originale]).

³⁸ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. Book IV: Of Public Wrongs*, W. Prest et R. Paley (éd.), Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 32 (p. 49 dans l'édition originale).

Bentham le symbole d'un système de savoir qui semble transmettre tellement de connaissances qu'il ne transmet pas grand-chose. Il a beau exister une intention et un geste de communication, ceux-ci ne font que clôturer la compréhension. « Rien ne peut être plus harmonieux que cela... si seulement c'était intelligible. Le malheur est que les mots principaux qui parsèment ce paragraphe, [...] sont absolument dépourvus de sens, ou du moins de tout sens qui ne [transmette] pas de propositions manifestement fausses. »³⁹ « Relations de Justice... Nature des choses... éternelles lois immuables... tant de sons dénués de sens. »⁴⁰ « Tout est tel qu'il doit être », c'est là une démonstration de la tautologie qui consiste à laisser les choses parler pour elles-mêmes, et qui, même si elle apporte un certain éclairage, n'a pas intérêt à solliciter davantage d'efforts intellectuels pour aller plus loin qu'entasser des mots. « La seule chose qu'ils [les juristes] pensent faire quand il s'agit de donner une définition, c'est de mettre un mot ou un assemblage des mots que l'on rencontre le plus souvent, dans le même panier qu'un mot que l'on rencontre moins souvent, alors que le premier est aussi loin d'avoir des idées claires qui lui sont attachées que le second. »⁴¹

« Art et science impliquent la difficulté. »⁴² S'il n'y a pas besoin d'effort intellectuel, il n'y a plus de science. Pour notre penseur utilitariste, la science n'est plus la science si elle n'est qu'une érudition qui sait étaler des connaissances⁴³. L'intelligibilité d'une notion implique que son **usage** doive aussi être intelligible, c'est-à-dire pertinent, et la qualité scientifique présuppose que la science en question remplisse une utilité. Il faut donc d'abord reconnaître que « tout n'est pas comme il doit être », que le but de la science est justement de rapprocher ce qui est actuellement de ce qu'il doit être. Ceci

³⁹ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 14.

⁴¹ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », *op. cit.*, p. 157-158, para. 486.

⁴² *Ibid.*, p. 322, para. 1029.

⁴³ Voir le commentaire de Elie Halévy : « De tous les arrangements de la matière juridique qui ont été proposés jusqu'à présent, l'arrangement que nous offre Blackstone est peut-être le meilleur : ce n'en est pas moins, par opposition à l'arrangement "naturel", c'est-à-dire à celui qui se fonde sur la connaissance des lois générales de la nature humaine, un arrangement "technique", c'est-à-dire fondé sur la connaissance des règles traditionnelles de la corporation judiciaire. La science du droit telle que l'expose Blackstone n'est pas une science de raisonnement, mais une science d'érudition, *a learning*, ou encore, selon l'expression de Beccaria, "une tradition domestique". Si elle repose sur des principes, ce ne sauraient être que des principes nominaux, fictifs, inventés pour les besoins de conséquences une fois données, ou bien même que l'on ne peut adapter à ces prétendues conséquences, si ce n'est par une série de fictions légales. » É. HALÉVY, *La formation du radicalisme philosophique. La jeunesse de Bentham*, Paris, F. Alcan, 1901, vol. 1/3, p. 56. L'opposition entre l'arrangement naturel et technique mentionnée dans ce passage se réfère à la distinction que fait Bentham entre son système scientifique et celui de Blackstone. Voir *infra*. Section 3, II et J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, p. 415.

nécessite, par la suite, que chacun des deux aspects de l'être et du devoir-être apporte individuellement son intelligibilité pour assurer, paradoxalement, la qualité scientifique de l'autre. Chacun, autrement dit, n'est intelligible que quand il est théoriquement distinct, et ce seulement dans son rapport à l'autre. « Dans un traité partiellement d'ordre descriptif (expository) et partiellement d'ordre censorial, si le département du dernier est truffé d'imbécillité, des symptômes de la même faiblesse doivent aussi caractériser le premier. »⁴⁴, explication parlante qui résume également le verdict de Bentham sur les *Commentaries* de Blackstone.

II Conquérir un espace propre à la science

Il convient de préciser que, ainsi que la ligne de notre raisonnement pourrait déjà le laisser entendre, le véritable ennemi de Bentham n'est pas la notion de Droit Naturel en tant que telle, mais les effets problématiques de son usage que la notion elle-même contribue à occulter, voire à justifier. À plusieurs reprises, en examinant des discours fondés sur le Droit Naturel, Bentham considère l'emploi de cette notion comme une manière de contourner la besogne qui consiste à justifier un jugement ou une allégation, comme si tout devait s'avérer évident juste en recourant à l'autorité de cette notion. D'après ses analyses, des idées du même ordre servent souvent de raccourci dans un raisonnement ou à camoufler le manque de raisonnement, et parfois même d'outil pratique pour faire passer une opinion pour une valeur universelle :

Enquêter sur la nature d'un acte à travers tout l'éventail de ses [possibles] conséquences réprimandables ou plaisantes, est un travail méticuleux et laborieux. Créer les Lois de la Nature est une autre affaire. Avec des journaliers à disposition comme la Raison, la Droite Raison, la Nature des choses, la convenance des choses (*fitness of things*), la Justice, [...] rien n'est plus simple que cela. C'est une façon d'acquérir le titre de Législateur à faible coût [...].⁴⁵

Les disputes seraient beaucoup plus courtes, et les hommes beaucoup plus sages, si ceux qui voient une faute dans une Loi ou dans un acte, au lieu de dire qu'elle est contraire à la Loi de la Nature, que la Justice Naturelle

⁴⁴ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, op. cit., p. 404.

⁴⁵ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », op. cit., p. 131, para. 388.

l'interdit, que la Justice l'interdit, que la Droite Raison l'interdit, et ainsi de suite sans fin, voulaient bien détendre leur physionomie, poser leur plume, se couler confortablement dans leur fauteuil, et dire : « J'ai un avis très négatif sur cela, mais je ne sais dire pourquoi. »⁴⁶

S'il semble parfois prendre au sérieux la fonction que l'évocation du Droit Naturel prétend exercer dans certains discours, c'est finalement pour insister sur l'idée qu'en réalité cette fonction ne peut être sensément assurée par autre chose que le principe d'utilité qui est, en l'occurrence, omis sous le nom de Droit Naturel :

Quand un homme désapprouve un certain mode de conduite examiné indépendamment de tout système de jurisprudence actuel, il dit qu'il y a une Loi de la Nature qui est à son encontre. S'il connaît la raison pour laquelle il le désapprouve, cette Loi de la Nature est la dictée de l'Utilité. S'il n'arrive pas à expliquer pourquoi il le désapprouve, [...] il commence à parler d'une Règle de Droit, de la convenance des choses, d'un Sens de la Morale, ou d'autres standards imaginés [...].⁴⁷

Il semble que Bentham désapprouve la notion de Droit Naturel non en raison de son contenu, mais en raison de son manque de contenu scientifiquement identifiable. Il reconnaît néanmoins que les lois, existantes ou celles qui sont encore à venir, ont besoin d'un fondement pour les justifier ou d'un principe pour les diriger. Si le terme « Droit Naturel » est employé dans ce but, mais qu'il est en fait associé à une idée de nature humaine empiriquement observable — idée conductrice d'une *jurisprudence* utilitariste —, alors cela constituerait pour lui moins un problème de fond qu'un problème de mauvaise dénomination. Il est possible que pour Bentham, le principe d'utilité soit tellement juste et irréfutable que, même s'il n'existe pas encore suffisamment de lexique pour l'intégrer dans la science juridique et que l'on puisse avoir conscience de sa validité, les auteurs qui cherchent sincèrement une justification à leurs propos ne peuvent éviter d'effleurer sa rationalité et d'emprunter inconsciemment des idées qui lui sont centrales, et ce malgré leur attachement persistant à la notion de Droit Naturel. C'est ainsi que, au milieu du ton sévère et sarcastique qui caractérise le style général de son *A Comment on the Commentaries*, Bentham fait preuve de bienveillance en accordant son approbation (quoique légère)

⁴⁶ *Ibid.*, p. 133, para. 394. Voir aussi dans *le même*, les paragraphes 386, 387, 389, 402.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 88, para. 184. Voir aussi para. 185.

au passage suivant des *Commentaries* de Blackstone, lequel traite de la relation entre la justice et le bonheur de l'individu :

Car il [le Créateur] a si intimement connecté et si inséparablement entremêlé les lois de l'éternelle justice et le bonheur de chaque individu, que le dernier ne peut être atteint qu'en observant le premier ; et que, si le premier est minutieusement observé, cela ne peut qu'induire le dernier. En conséquence de cette connexion mutuelle de la justice et la félicité humaine, il n'a pas embrouillé la loi de la nature avec une multitude de règles et de préceptes abstraits, [...] mais a gracieusement réduit la règle de l'obéissance en ce seul précepte paternel, "que l'homme devrait poursuivre son véritable et substantiel bonheur."

Telle est la fondation de ce que l'on appelle l'éthique, ou le droit naturel ; car les divers articles qui en sont les ramifications dans nos systèmes, reviennent à démontrer que telle ou telle action mène au véritable bonheur de l'homme, et, par là-même, à conclure très justement que sa mise en pratique fait partie de la loi de la nature ; ou, dans le cas contraire, que telle ou telle action est destructive vis-à-vis du véritable bonheur de l'homme, et que par conséquent la loi de la nature l'interdit.⁴⁸

La louange de Bentham pour l'intelligibilité que ce passage lui semble présenter est très vite submergée par son regret que la bonne voie échappe aussitôt à son auteur. Percevant toutefois une analogie au niveau de la structure de raisonnement entre ce passage et ce qui pourrait être élaboré avec des idées fondatrices de la nouvelle science dont il a la conviction, Bentham réécrit le dernier paragraphe en remplaçant les mots que nous avons soulignés par ceux qui sont présentés ci-dessous en italique :

Telle est la fondation de ce que l'on *peut appeler le Droit Critique, ou la Jurisprudence Critique*. Les divers articles qui *pourraient en être* les ramifications dans nos systèmes, reviennent à démontrer que tel ou tel *mode de conduite* mène au véritable bonheur de l'homme, et, par là-même, à

⁴⁸ C'est nous qui soulignons. Ce passage de Blackstone va être comparé très attentivement à la modification apportée par Bentham que le lecteur trouvera dans notre discussion suivante. Nous pensons donc qu'il ne serait pas inutile de présenter ici les paragraphes en question dans leur version originelle pour faciliter la comparaison.

« *For he has so intimately connected, so inseparably interwoven the laws of eternal justice with the happiness of each individual, that the latter cannot be attained but by observing the former; and, if the former be punctually obeyed, it cannot but induce the latter. In consequence of which mutual connection of justice and human felicity, he has not perplexed the law of nature with a multitude of abstracted rules and precepts, referring merely to the fitness or unfitness of things, as some have vainly surmised, but has graciously reduced the rule of obedience to this one paternal precept, "that man should pursue his own true and substantial happiness."*

*This is the foundation of what we call ethics, or natural law; for the several articles into which it is branched in our systems, amount to no more than demonstrating that this or that action tends to man's real happiness, and therefore very justly concluding that the performance of it is a part of the law of nature; or, on the other band, that this or that action is destructive of man's real happiness, and therefore that the law of nature forbids it. » (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. Book I: Of the Rights of Persons, op. cit.*, p. 34-35 [p. 40 dans l'édition originale]).*

conclure très justement que *son observance devrait être soit décrétée soit permise* par la Loi du pays où telle tendance est présente ; ou, dans le cas contraire, que tel ou tel *mode de conduite* est destructif vis-à-vis du véritable bonheur de l'homme, et par conséquent, la Loi du pays devrait l'interdire (*pourvu que le mal de la mise en vigueur de l'interdiction ne dépasse pas le mal du mode de conduite destiné à être interdit*). »⁴⁹

Plusieurs points sont à remarquer à l'égard des modifications de Bentham. D'abord, la partie principale qui a été conservée est le lien entre le bonheur humain et le règlement du droit, dans la mesure où le premier est directeur ou indicateur du second. C'est l'idée basique du passage originel, et c'est sans doute pour cette idée-là que Bentham considère que le passage mérite d'être certes gardé, mais également amélioré. Il y ajoute seulement une condition, selon le calcul utilitariste : il ne faut pas que le règlement du droit fasse davantage de mal que ce qu'il cherche à réprimer. Ensuite, Bentham se débarrasse des idées qui sont, selon lui, imaginaires, en manque de substance, peu exactes ou non-claires. « Droit naturel », terme qui ne représente qu'une **non-entité**, selon les propres mots de Bentham⁵⁰, ainsi que « éthique », sont remplacés par « droit critique » et « *jurisprudence critique* » ; « loi de la nature », substituée par le concept positif de « loi du pays », suivi d'une proposition (« où cette tendance est présente ») pour tenir compte de la relativité des différentes circonstances ; le terme « action », insuffisamment précis car il semble suggérer que la règle du droit s'applique directement aux comportements individuels, est remplacé par « mode de conduite » afin de mettre en avant la qualité typologique de l'objet du règlement⁵¹ ; et l'expression

⁴⁹ « This is the foundation of what may be called *Critical Law* or *Critical Jurisprudence*. The several articles into which it might be branched in our systems amount to no more than demonstrating that this or that *mode of conduct* tends to man's real happiness, and therefore very justly concluding that the *observance of it ought to be either commanded or allowed of by the Law of the country where it has that tendency* : or, on the other hand, that this or that *mode of conduct* is destructive of man's real happiness, and therefore that (*provided the mischief of enforcing the prohibition do not exceed the mischief of the mode of conduct meant to be prohibited*) the Law of the country ought to forbid it. » J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, op. cit., p. 20.

⁵⁰ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », op. cit., p. 131, para. 385 ; J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, op. cit., p. 14, 20 ; entre autres. Dans la perspective de compléter la structure scientifique de son projet moral et politique, Bentham a développé une méthodologie pour analyser le langage, qui consiste en deux techniques : phraseoplerosis — compléter les phrases — et paraphrasis — traduire les phrases contenant des idées compliquées en des phrases composées d'idées simples. Le but est de créer des liens entre les mots, ce qui permet de référer les noms représentant les entités non perceptibles ou fictives à ceux représentant les entités réelles et perceptibles ; de cette manière, les idées abstraites voient leur source ancrée dans le monde physique. Si, après une telle opération, une entité dite réelle mais non perceptible ne peut toujours pas être résolue en des entités réelles et perceptibles, alors celle-ci fait partie de ce que Bentham appelle les « non-entities ». Pour le dire plus simplement, les non-entités sont des idées qui n'ont pas lieu d'être et qui, contrairement aux entités fictives, ne présentent aucune utilité linguistique pour la science. Voir J. BENTHAM, *Théorie des fictions*, G. Michaut (trad.), Paris, Association freudienne internationale, 1996, notamment pp. 52-56. Pour le fonctionnement de cette méthodologie, cf. *infra*. Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

⁵¹ « To draw any inference from the individual article of conduct of another man to our own, we must make out a sort from it: we must then see whether our's be of that sort. [...] To enter, then, into the composition of a system of Law, we must have not

« mise en pratique d'une action » se voit substituée, du fait de son manque de caractère impératif, par « observance (d'un mode de conduite) » « décrétée ou permise ». Enfin, une dernière modification plus subtile, mais revêtant davantage d'importance pour notre propos, ne porte pas sur des notions, mais sur leur mode — plus concrètement, non pas sur des substantifs des phrases, mais sur des verbes. En effet, les concepts par lesquels Bentham remplace « le droit naturel » relèvent de la catégorie de la science : « droit critique », « *jurisprudence* critique ». Contrairement au droit naturel qui est un concept signifiant directement une certaine conception de droit, l'intervention de la science implique qu'avant qu'il soit question d'une certaine idée de droit, il est d'abord question du processus ou de la méthode par laquelle des idées sont censées être dégagées. On observe donc, dans cette modification par Bentham, une sorte de recul devant la certitude immédiate ; recul traduit en la suppression de l'indicatif, le mode du réel et du certain, qui ne semble plus à propos. À la place, les verbes modaux sont soigneusement introduits : « *the foundation of what **may be** called Critical Law... it **might be** branched into several articles... it **ought to** be commanded or allowed... the Law **ought to** forbid it.* »

On comprend tout de suite qu'il ne s'agit pas là d'une critique qui porte seulement sur des notions, mais plus essentiellement sur le registre du discours. À l'encontre du savoir ancien qui confirme et révèle ce qui est à la fois universel et éternel, réel et juste, véritable aussi bien dans le fait que dans la valeur, cette modification introduit une distance vis-à-vis de telles certitudes. Et cela signifie deux choses. Premièrement, Bentham montre que c'est lui-même qui parle de ce qu'il pense, même s'il est ici question de quelque chose d'aussi primordial que le fondement du droit. Ce sont ses propres opinions et réflexions, et non pas des expressions d'une certaine logique objective mises en mots seulement à travers sa plume. Deuxièmement, Bentham présente également la manière convenable pour formuler sensément un discours scientifique. Il ne s'agit pas de **transmettre** une certaine connaissance, mais plutôt de mobiliser ou créer des notions comme autant d'outils pour pouvoir penser, manier, ou élaborer le réel. Le registre propre à la science est né dans cet écart vis-à-vis de

ideas of individual articles of conduct, but ideas of sorts of articles of conduct. » J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », *op. cit.*, p. 194, para. 609.

l'évidence, ce déplacement qui ouvre un espace à ce qui est seulement pensable ou envisageable. Pour reprendre la distinction qu'il a lui-même faite, ici Bentham se positionne en tant que « censeur ». Théoriquement, il peut donc tout remettre en question. Dans la mesure où on trouve toujours de l'intérêt à dire que le droit **devrait** interdire certaines choses, y compris quand celles-ci ont déjà été interdites, la sphère de la science se montre distincte de la sphère du réel, mais parallèle à elle. Le « devrait » de Bentham exprime une nécessité issue de la déduction théorique, valide seulement dans le royaume de la science, mais justement par là-même, capable de critiquer la réalité. En revanche, le mode indicatif de Blackstone sert à **traduire** ce qui est (selon lui) déjà réellement, et donc à juste titre, en place. Et c'est exactement ce que Bentham refuse : si les choses sont telles que l'intervention de la science ne les change point, la science n'aura pas lieu d'être, et les idées directrices telles que le Droit Naturel ou la Loi de la Nature pourraient tout aussi bien être absentes du raisonnement, car tout est déjà justement en place. L'énoncé « tout est tel qu'il doit être », du point de vue de Bentham, revient à ne rien dire de plus que « tout est », et s'avère inapte à nous apporter quelque connaissance que ce soit sur « ce qu'il doit être ».

Ce passage par Bentham retranche la notion de Droit Naturel du rapport entre le bonheur et le droit, et transforme ce rapport en un sujet propre au mode du « censeur ». C'est une question d'ordre scientifique, et non pas d'ordre factuel — aussi paradoxal que cela puisse paraître à un positiviste. On comprend mieux pourquoi ce qui remplace les termes « éthique » ou « droit naturel » dans le passage originel, termes qui indiquent la source légitime du système juridique, n'est pas une sorte d'équivalence qui aurait aussi un caractère dogmatique, comme par exemple le principe d'utilité (un principe basé d'ailleurs sur une autre notion de nature : la nature humaine), mais le nom d'une science d'ordre critique. Celle-ci ouvre en effet l'accès à un autre registre, à une autre manière de raisonner, qui serait aussi rigoureuse et aussi puissante pour penser la réalité, même quand on en est vraiment éloigné. On s'étonne moins que, comme nous le montrerons plus tard, ce que reproche principalement Bentham à son maître en ce qui concerne sa notion de Droit Naturel, n'est pas son incapacité à traiter le droit comme il est (ce pour quoi un positiviste romprait avec la doctrine du Droit Naturel),

mais son incapacité à penser le droit tel qu'il devrait être — l'absence du mode du « censeur ».

III Le point de non retour

L'interprétation que nous avons proposée jusqu'ici fait écho au scénario archéologique esquissé au début, au sens où le conflit entre ces deux systèmes de pensées n'est jamais purement d'ordre scientifique : si Bentham opère la distinction entre ce qui est et ce qui doit être, la motivation de cette démarche réside de prime abord dans son ambition de s'engager, politiquement, dans ce qui est propre au second. Dans la mesure où Bentham envisage un projet de réforme avec son entreprise scientifique de la *jurisprudence* critique, il relève d'une nécessité logique que le droit puisse être pensé respectivement et distinctement tel qu'il est et tel qu'il doit être. Ici comme ailleurs dans tous les domaines des sciences humaines et sociales, ce n'est souvent pas une simple idée scientifiquement avérée qui fait changer le monde ; ce qui se passe réellement est le contraire : c'est la manière dont on perçoit le monde à l'image de ce qu'il pourrait devenir, le besoin d'objectiver quelque chose en le créant, qui oblige le façonnage d'une théorie ou d'un concept. Aussi la nécessité de défendre une certaine conception du droit est avant tout une nécessité historique plutôt que théorique. Une nouvelle science naît au moment où un nouvel objet scientifique est repéré et défini d'après les règles du jeu qui sont celles que l'on veut imposer — voici le type d'explication, qui consiste à relativiser l'objectivité revendiquée, que notre enquête archéologique essaie de formuler pour décrire ce moment utilitariste de la science du droit.

Ce conflit autour de l'ancienne formule « tout est tel qu'il doit être » est représentatif du changement de paradigme scientifique que nous essayons de décrire, et ceci dans deux sens. Premièrement, le conflit donne un bon exemple du dynamisme politique inhérent au paradigme scientifique : lorsqu'une vision politique se traduit en un langage théorique, certaines idées deviennent désormais **scientifiquement** irréfutables, alors que leur motif originel régresse au second plan. Deuxièmement, le conflit joue un rôle décisif dans le passage au nouveau paradigme : une condition nécessaire à

l'entreprise scientifique de Bentham réside dans cette distance conceptuelle entre ce qui est et ce qui doit être. Autrement dit, ce conflit déclenche une nouvelle scientificité. Dès lors, l'ancienne science du droit n'est plus une science à proprement parler. Nous examinerons, dans les discussions qui suivent, l'ampleur que prend ce point de non-retour.

En somme, le département de la science du droit et de la morale tel qu'il est conçu par Bentham ne parvient à un statut véritablement scientifique que quand il s'avère « utile », et cela seulement quand les choses ne sont pas encore telles qu'il le faut et lorsque la science est capable d'établir une technique de pensée qui permet de considérer distinctement les deux dimensions tout en les mettant en rapport. Telle est la logique découlant de la volonté de réformes, logique dont témoignent la pensée de Bentham qui envisage un travail de concert entre l'exposant et le censeur.⁵²

Trois conséquences en termes d'évolution épistémologique, que nous nous contentons pour le moment de décrire à grands traits et sur lesquelles notre discussion suivante reviendra, peuvent en être tirées. Premièrement, d'après cette disposition caractérisant le programme de Bentham, la *jurisprudence* (c'est-à-dire l'art de savoir ce qui est réellement fait en tant que gouvernement intérieur), la position et la méthode de l'exposant, ou l'idée du droit tel qu'il est, cette dimension descriptive de la science du droit qui devrait avoir un statut distinct, perdrait pourtant son utilité, et par là-même sa valeur scientifique, si elle devenait une science véritablement et strictement autonome. Elle peut être techniquement conçue comme indépendante (elle doit d'ailleurs être conçue comme telle selon la logique de réforme), mais cette seule caractéristique est loin d'être suffisante pour compléter la science du droit. En revanche, une rupture totale avec l'autre dimension qui concerne le jugement de valeur pourrait justement compromettre sa scientificité.

⁵² Qu'ils qualifient Bentham de positiviste ou non, ses commentateurs remarquent globalement le fait que sa démarche de séparer les deux registres scientifiques — comprendre le droit respectivement tel qu'il est et tel qu'il devrait être — est liée avec ses projets utilitaristes réformateurs. Ce qui est intéressant, c'est de voir comment cette observation peut être évoquée pour soutenir des positions opposées : souligner le mérite du positivisme utilitariste pour l'une, réfuter le caractère positiviste chez Bentham pour l'autre. Cf. G. J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, *op. cit.*, p. 320-327 ; H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *op. cit.*, notamment p. 594-598 ; A. PERREAU-SAUSSINE, « Bentham and the Boot-strappers of Jurisprudence: the Moral Commitments of a Rationalist Legal Positivist », *op. cit.*, notamment p. 368-378. La liste n'est pas exhaustive.

Deuxièmement, la logique de réforme signifie que ce n'est pas seulement le développement de la science qui promeut des réformes, mais aussi la volonté de réformer qui détermine la configuration de la science. En ce sens, la science du droit, avec le décalage nécessaire entre ce qu'il est et ce qu'il devrait devenir, décalage qui exige et assure une certaine scientificité telle qu'expliquée ci-dessus, intègre forcément une dimension temporelle qui n'est pas celle de la doctrine du Droit Naturel (et en ce sens, ni celle de la *Common Law* dont l'intelligibilité repose sur l'histoire). Ce n'est plus le sens du temps qui reconnaît l'éternité dans chaque instant, mais celui qui ne cesse d'avancer vers le progrès. Ce n'est plus du passé, de la tradition, que l'on tire le sens du droit, mais c'est à partir de la distinction entre le passé et le futur, l'historique et la perspective, la réalité et la possibilité du droit, que l'on peut avoir un indice sur sa scientificité. L'un conclut le présent, l'autre en fait son point de départ.⁵³

Finalement, avec l'importance croissante du rôle de la science du droit qui ne se contente plus de simplement révéler la connaissance du droit, mais se charge aussi de rationaliser la représentation du droit et de guider son évolution, il est désormais question non seulement de la définition du droit, mais aussi de la définition de la science du droit. Autrement dit, la science du droit devrait avoir une méthodologie qui lui permettrait non seulement de présenter le droit, mais aussi de se présenter, de rendre

⁵³ D'après l'analyse de François Ost, la temporalité du concept juridique de Bentham, notamment du point de vue de sa dimension réformatrice représentée par son projet de codification, se base sur le rejet de trois types de temporalités : le temps de la fondation (un temps d'ordre divin ou mythique, un « hors-temps » qui présuppose une origine anhistorique de la cohésion sociale, à travers, par exemple, des notions comme contrat social ou droit naturel) ; le temps de l'instantané (une temporalité aussi illogique qu'irréaliste qui suppose la réalisation d'un changement à l'instant où la raison l'exige ; aussi Bentham critique la Déclaration des Droits de l'Homme qui manifeste ce temps de « despote ») ; et le temps coutumier (la temporalité ralentie, représentée par la doctrine de la *common law*, qui vit de l'accumulation des précédents et n'exige point la nécessité de la réforme). En revanche, la conception du projet juridique de Bentham présente une temporalité à la fois futuriste, gradualiste, et continuiste. Celle-ci est le résultat d'une philosophie réformatrice et utilitariste, confrontée à des considérations pragmatiques (donc pas utopiques), et qui prévoit, comme pour tempérer le côté technocratique du projet utilitariste, une sorte de flexibilité intégrée, pour autant qu'il s'agisse d'un code, dont aura besoin un régime démocratique. F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », dans P. Gérard, F. Ost et M. Van De Kerchove (éd.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Nouvelle édition [en ligne], Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1987, p. 163-230. Voir aussi E. CHAMPS (DE), « Loi et progrès dans le Code Constitutionnel de Jeremy Bentham », *Les Cahiers du CREA ACTIF*, 2000, p. 14-30. Plutôt que sur la temporalité de la conception du droit, notre attention se pose davantage sur le rapport entre cette temporalité et la science selon Bentham, et plus essentiellement, sur la temporalité propre à son modèle scientifique. En effet, à l'instar de ce qui est suggéré depuis la première section, notre lecture de Bentham révèle non pas une certaine scientificité qui serait le simple résultat de cette conception du droit, mais plutôt l'idée selon laquelle il ne peut y avoir de science sans cette vision réformatrice. Autrement dit, pour Bentham, rien n'est scientifique en dehors de cette temporalité ; ou alors, d'autres temporalités ne peuvent être scientifiques. Ce qui mène Bentham à imaginer une sorte de début et de fin de la vie de la science, désormais instrumentalisée pour être au service du progrès. On y voit une tension entre la valeur éternelle éclairée par la seule voie de la science, et le rôle de celle-ci destiné à être temporaire. Nous aurons l'occasion de rencontrer ce rapport ambivalent entre le temps de progrès et la science dans la prochaine Section.

compte de sa propre objectivité. Une auto-théorisation de la science du droit deviendra nécessaire.

Il s'agit donc, respectivement, des dimensions politique et temporelle internes à la structure scientifique, et la théorisation que la science fait d'elle-même : les objectifs, exigences et limites qu'elle se donne — trois aspects observables lorsqu'on assiste à ce changement de paradigme représenté ici par le modèle utilitariste. Des trois, c'est sur la dimension politique de la scientificité que Bentham a laissé des réflexions les plus explicites. Nous allons donc commencer par celle-ci, avec la préface de son fameux *A Fragment on Government*.

Section 3 La scientificité de la logique de la réforme

I L'inséparable paire du scientifique et du politique

En l'espace d'une page et demie, Bentham fait monter en scène divers éléments caractérisant ce changement de paradigme, qui ne se limitent pas au domaine du droit, mais relèvent de manière plus générale d'une conscience particulière de son temps, ce qu'il exprime au travers de la phrase qui inaugure son discours : « L'ère dans laquelle nous vivons est une ère mouvementée (*busy*). »⁵⁴ Mouvementée, car au moment où Bentham l'écrit, on s'émerveille des progrès et des découvertes qui élargissent la connaissance sur le monde de la nature⁵⁵, tout en s'attendant à en vivre plus. En revanche, dans le monde de la morale, l'idée de la réforme, équivalent du progrès dans le monde de la nature selon la terminologie de Bentham, n'entraîne pas une perspective aussi significative. Car parler de « découverte » au sujet du bien et du mal comme ce

⁵⁴ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, p. 393.

⁵⁵ Bentham cite implicitement comme exemple les voyages du Capitaine Cook et des expériences de l'air de Joseph Priestley. *Id.* p. 393, note 2 et 3.

Cette période où on voit exploser les progrès scientifiques et industriels représente aussi, avec par la suite l'ébranlement des anciens systèmes de valeurs et l'émergence des nouveaux rapports humains, un moment de crise pour l'ordre moral et juridique de l'époque. Ce dernier s'avérait de plus en plus incompetent face à des conflits causés par les changements matériels et politiques, ce qui a présenté une occasion parfaite pour quelqu'un comme Bentham qui cherchait à développer ses idées de réforme. Voir J. STEINTRAGER, *Bentham*, London, George Allen & Unwin, 1977, p. 13-14.

que l'on fait pour les sujets de la nature semblerait non pertinent pour l'homme qui, de tout temps, croit déjà savoir juger, mais continue à découvrir le monde. Or, Bentham, comme on le sait bien, n'éprouve aucun problème à associer la science à la morale ; c'est même le fondement de toutes ses pensées. Il y a bien, d'après Bentham, un achèvement des efforts récents⁵⁶ dans le domaine de la morale qui, étant basé sur des observations des faits, est digne du qualificatif de « découverte ». Cela constitue même un axiome fondamental dont les conséquences potentielles sont encore largement à explorer : « C'est le plus grand bonheur du plus grand nombre qui est la mesure du bien et du mal. »⁵⁷ Il s'agit donc à la fois de ce qui est vrai (c'est une découverte dans le savoir des affaires morales) et de ce qui est bien (c'est le bonheur humain qui est en jeu), la réforme correspondant à cet axiome ne peut pas être plus réclamée. Bentham mesure sans doute son temps à l'aune de ce moment crucial où la possibilité du croisement de la vérité et la justice s'avère tellement claire qu'il est un impératif d'agir en ce sens. Devant une telle entreprise, il ne peut y avoir ne serait-ce qu'une toute petite marge de tolérance envers son antagoniste, représenté, en l'occurrence, par Blackstone : « [...] les intérêts de la réforme, et par là-même le bonheur (*welfare*) de l'humanité, seraient inséparablement liés à la chute de ses œuvres [...] et à la chute de l'estime et de l'influence que celles-ci ont acquises à n'importe quel titre. »⁵⁸ Des progrès scientifiques de l'époque à la réforme morale en tant que mission nécessaire de son temps, Bentham en vient à cibler l'auteur du traité du droit d'Angleterre le plus réputé du moment comme l'obstacle premier du mouvement auquel tous ces éléments prennent part, mouvement qui non seulement promet plus de bonheur (progrès scientifiques), mais aussi plus de sécurité pour en profiter (progrès dans l'ordre moral)⁵⁹. Démolir ce paradigme de la science juridique dont Blackstone est la figure de proue, voilà le but de *A Fragment on Government*. L'exergue sur la couverture l'a déjà résumé :

⁵⁶ Le principe du plus grand bonheur du plus grand nombre n'est pas une invention/découverte de Bentham, mais un héritage de la pensée de Helvétius. Bentham a plusieurs fois exprimé qu'il devait sa toute première idée originale d'élaborer un système complet de morale à Helvétius. Il qualifie ce dernier de Bacon pour la science de la morale (et lui-même de Newton.) Voir M. HOESCH, « From Theory to Practice : Bentham's Reception of Helvétius », *Utilitas*, vol. 30, n° 3, septembre 2018, p. 294-316 .

⁵⁷ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, p. 393.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 394.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 393-394.

Rien ne recule plus le progrès des connaissances, qu'un mauvais ouvrage d'un Auteur célèbre : parce qu'avant d'instruire, il faut commencer par détromper.

MONTESQUIEU, *Esprit des Loix*, L. XXX. Ch. XV.

Le combat que Bentham mène contre Blackstone ne se situe pas, à proprement parler, dans l'opposition entre les deux notions du droit que sont celles formaliste et jusnaturaliste. Il s'agit en réalité du combat que mène un réformiste contre un conservateur. Mais ce qui s'avère encore plus intéressant à travers le regard de notre utilitariste, est que ce conservatisme semble être nécessairement lié à une manière de raisonner qui est confuse et qui manque de précision. Cette liaison ne s'opère pourtant pas comme une sorte de distorsion consciente du raisonnement pour défendre la position qu'occupe l'auteur — si Bentham reproche à Blackstone d'avoir été illogique, conservateur, contradictoire, ou même puéril⁶⁰, il n'a cependant jamais douté de la sincérité de son ennemi. Ce qui est vraiment problématique, en revanche, est que ce conservatisme et le type de raisonnement employé apparaissent comme une paire, comme si l'un pouvait être converti en l'autre, ou comme si, au fond, les deux n'étaient que deux facettes (respectivement politique et scientifique) d'un seul et même problème :

... j'ai conçu, depuis quelque temps, le projet de pointer certains des défauts qui me semblent principaux de cette œuvre, notamment ce grand et fondamental défaut : l'antipathie envers la réforme ; ou plutôt, en fait, celui qui consiste à déployer (*laying open*) et à exhiber l'inexactitude et la confusion universelles qui, à mon sens, imprègnent l'œuvre entière. Car, effectivement, une telle antipathie mesquine semble à elle seule suffire à promettre une tendance générale d'un raisonnement obscur et détourné, dont aucun savoir ni limpide ni brillant ne peut être tiré — si intime est le lien entre certains dons sur l'entendement, et certaines affections du cœur.⁶¹

À l'analyse des arguments qui s'ensuivent tout au long de cette préface, nous pouvons constater que ces deux problèmes principaux chez Blackstone — antipathie pour la

⁶⁰ Voir le commentaire que fait Bentham sur les attributs juridiques du roi qu'a classés Blackstone, notamment sur l'ubiquité du roi : « *These childish paradoxes, begotten upon servility by false wit, are not more adverse to manly sentiment, than to accurate apprehension. [...] One might be apt to suppose they were no more than so many transient flashes of ornament: it is quite otherwise. He dwells upon them in sober sadness. The attribute of 'ubiquity,' in particular, he lays hold of, and makes it the basis of a chain of reasoning. He spins it out into consequences [...] 'From the ubiquity', says our Author (1 Comm. p. [270]) 'it follows, that the King can never be nonsuit; for a nonsuit is the desertion of the suit or action by the non-appearance of the plaintiff in Court.'* [...] » Note 1 dans *Ibid.*, p. 412.

⁶¹ *Ibid.*, p. 394.

réforme et obscurité — ne sont jamais vus par Bentham comme séparés. Il les signale en les mettant toujours sur le même plan, comme pour démontrer que si l'on pense qu'une telle entreprise ayant pour but d'épuiser le savoir juridique peut passer à côté de l'idée de réforme tout en étant « scientifique », ou inversement, qu'elle peut être porteuse d'idées réformatrices sans recourir à la méthode scientifique, on a manqué le vrai problème. Il n'y a pas ici deux défauts à chacun desquels on peut proposer des remèdes. Pour Bentham, c'est la totalité du fonctionnement qu'adopte l'entreprise de Blackstone, c'est-à-dire le mécanisme qui sert à combiner son penchant politique et sa méthode scientifique, qui est problématique. Après avoir expliqué la partie qu'il a spécifiquement sélectionnée dans l'introduction des *Commentaries* pour en faire un exemple de la critique de toute l'œuvre, auquel est consacré l'article que nous examinons ici, il poursuit en disant que c'est « au nom des intérêts de la véritable science et du mouvement libéral », qu'il décide de « mener [une guerre] contre cette œuvre »⁶² — encore une fois, nous avons l'impression que ces deux objectifs ne forment qu'un seul combat.

Le fameux passage sur la distinction entre l'exposant et le censeur est ici introduit. On sent mieux maintenant d'où vient cette démarche et ce que celle-ci est en train de préparer : pour bien expliquer la non-séparabilité de ces deux défauts — politique et scientifique —, il faut établir une distinction nette et claire entre deux registres, ou plutôt deux approches scientifiques, auxquelles ils se réfèrent respectivement. Nous sommes en quelque sorte dans la même logique que présente la critique benthamienne du Droit Naturel que nous avons exposée précédemment. Dans cette critique, la distinction entre l'approche de l'exposant et celle du censeur est soulignée afin de mettre en lumière le défaut de la doctrine jusnaturaliste et d'exposer la bonne configuration pour la véritable science du droit. Ici, cette distinction est introduite dans le but d'éclaircir le lien nécessaire entre le scientifique et le politique, ou pour reprendre les termes de Bentham, entre l'entendement et l'affection, qui subsiste dans tous les discours juridiques. C'est dire que pour Bentham, on ne peut pas imaginer un système de savoir juridique dans lequel le politique et le scientifique ne s'impliquent pas réciproquement, et ce, malgré notre volonté ou négligence. Autrement dit, si dans

⁶² *Ibid.*, p. 397.

sa critique du Droit Naturel, Bentham s'attaque à la logique interne du raisonnement de Blackstone en regrettant l'absence du rôle de censeur chez celui-ci, ici, il va arguer que ses discours ne sont pas pour autant dépourvus des connotations politiques — la dépolitisation est aussi politique que n'importe quelle position politique. La « connaissance » sur le droit obtenue dans cette condition peut bien prétendre être « objective », elle reste aux yeux de Bentham problématique. Et ce défaut scientifique généré par le manque de position critique envers le système juridique existant ne saurait être réparé par l'érudition ou la systématisation des connaissances à l'apparence rationnelle. Ce n'est donc pas à partir de la position consistant à séparer le scientifique du politique que Bentham se distingue de son maître, mais — tout au contraire — par cette vraie question qui est de connaître la bonne manière de les articuler. Tel est tout l'enjeu de ce passage sur la distinction exposant / censeur. Comme nous l'avons démontré plus haut, cette distinction qui semble viser à résoudre la simple question de l'intelligibilité d'un discours serait dénuée de sens si un esprit progressiste ou réformateur n'était pas préalablement présumé. C'est la raison pour laquelle, sans recourir spécifiquement à des valeurs substantielles qui le différencierait de Blackstone, même sans faire mention du principe d'utilité, Bentham parvient à la fois à élaborer sa critique contre les travaux de Blackstone et à construire son propre modèle d'articulation entre le politique et le scientifique, tout cela en ne s'appuyant que sur cette distinction. Nous sommes donc bien dans un changement du régime scientifique — et non pas uniquement un changement des principes ou des notions — au sens où une conception différente de l'utilité de la science entraîne nécessairement une compréhension différente de ce que signifie « scientifique ». À partir de la distinction exposant / censeur, quasiment rien n'est plus compatible entre notre utilitariste et son maître. Laissons les écrits de Bentham continuer à nous l'expliquer.

D'après Bentham, l'approche de Blackstone paraît déplorable dès sa première prise de position : celui-ci ne revendique que le travail de l'exposant, prétend exposer les Lois de l'Angleterre telles quelles. « *“Ita lex scripta est”* est la seule devise qu'il tient à garder à l'esprit. Le travail de *censure* [...] ou, pour ainsi dire [...], le travail de *critique* (*criticism*), n'est pour lui qu'un *parergon*. »⁶³ Parergon, un mot péjoratif qui désigne

⁶³ *Ibid.*, p. 398.

une tâche ou une affaire d'une importance secondaire ou subsidiaire, est souvent employé dans des contextes où celles-là menacent d'usurper la place de l'affaire prioritaire.

Il faut néanmoins essayer de considérer les choses du point de vue de Blackstone : si la mission ultime de son entreprise n'est pas seulement de transmettre la connaissance du Droit, mais aussi et surtout de transmettre et de faire reconnaître l'autorité du Droit⁶⁴, le travail critique ne vaut certainement pas plus qu'un *parergon*, son absence est donc naturelle et ne devrait pas être vue comme un contournement d'une obligation incombant à tout auteur d'un traité de droit. De plus, exposer les lois telles qu'elles sont est déjà en soi-même une mission énorme et respectable, qui demande non seulement des connaissances sur la théorie, la pratique, et l'histoire du droit ainsi qu'un sens de la justice, mais aussi un esprit capable de systématiser les lois jusqu'à leur donner un univers cohérent — le tout dans un contexte où le droit anglais est l'exact contraire d'un « système ». C'est d'ailleurs avec ce dernier point que l'on reconnaît le plus grand mérite des *Commentaries*, et même Bentham lui-même affirme le statut précurseur de Blackstone à ce titre⁶⁵.

Mais le manque de critique ne semble pas pouvoir être compensé par toutes les qualités dont son approche a fait preuve, et à cet égard, elles auraient même semblé aux yeux de Bentham comme une sorte d'excuse pour ce manque. Car, quand bien même on pourrait qualifier ce travail de subsidiaire, il n'empêche qu'il serait « un ornement de grandeur » qui apporterait « d'énormes instructions et agréments (*entertainment*) aux

⁶⁴ Bentham cite le passage de Blackstone suivant : « *Now that the particular reason of every rule in the Law can, at this distance of time, be always precisely assigned; but it is sufficient that there be nothing in the rule flatly contradictory to reason, and then the Law will presume it to be well founded.* » (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. Book I: Of the Rights of Persons*, op. cit., p. 52 [p. 70 dans l'édition originale]). Et Bentham de commenter : « *If no reason can be found for an institution, we are to suppose one: and it is upon the strength of this supposed one we are to cry it up as reasonable; It is thus that the Law is justified of her children.* » (J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, op. cit., p. 408, note p.)

Au sujet de cette position conservatrice, il faut néanmoins souligner que l'un des buts principaux de Blackstone est de sécuriser les libertés civiles anglaises. Voir R. A. POSNER, « Blackstone and Bentham », op. cit. ; D. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, op. cit., p. 39-40.

⁶⁵ « *Among the most difficult and the most important of the functions of the demonstrator is the business of arrangement. In this our Author has been thought, and not, I conceive, without justice, to excel; at least in comparison of any thing in that way that has hitherto appeared. 'Tis to him we owe such an arrangement of the elements of Jurisprudence, as wants little, perhaps, of being the best that a technical nomenclature will admit of.* » J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, op. cit., p. 414-415.

lecteurs », s'il était proprement développé⁶⁶ — c'est donc au moins un bien indéniable dont l'auteur a privé ses lecteurs. Qui plus est, ce qui serait caché derrière cet argument de statut supplémentaire et qui, d'après Bentham, expliquerait mieux la vérité, c'est le fait que ce travail « aurait mis l'auteur sous des obligations complémentaires et lui aurait imposé de nouveaux devoirs »⁶⁷. Difficile donc que le choix de Blackstone puisse être justifié aux yeux de Bentham, qui ne peut y voir un simple clivage entre approches différentes, mais un pur défaut impardonnable qui entraîne de graves conséquences.

« J'estime les travaux de notre Auteur comme un grand obstacle à l'amélioration de la Science. Ils ont permis aux hommes d'avancer jusque-là. Ils les empêchent d'aller plus loin. »⁶⁸, écrit Bentham dans ses notes préparatoires. Mais en quoi cette approche qui se limite au domaine de l'exposant (comme le qualifierait Bentham) pourrait-elle contrarier le travail du censeur ? Il peut y avoir deux possibilités. Soit le travail de l'exposant est exécuté de telle manière que l'on constate simplement l'existence de telle ou telle institution — dans ce cas-là, la valeur scientifique qu'il apporte est minime et il y a peu de choses qui pourraient susciter davantage de réflexions, ou du moins, pas plus que pour affirmer ou contester ce qui est vrai ou faux dans les faits. Soit, en plus d'exposer les institutions existantes, on présente aussi des raisons ou des explications qui sont censées rendre compte de leur existence, même si on ne fait que transmettre une opinion établie par d'autres et qu'on ne prétend aucunement en être partisan — dans ce cas-là, on exerce déjà une influence de censeur, même sans s'en apercevoir :

Chaque raison fautive et fallacieuse qu'il contribue à faire circuler, il en est lui-même coupable. Même quand il s'agit d'une œuvre dans laquelle il n'est question que de *fait* et non de *raison*, il ne devrait pas être tenu pour innocent des raisons des autres auteurs qu'il n'a fait que transmettre sans les censurer. En les adoptant officieusement, même si elles sont transmises sous les noms des auteurs respectifs, il les fait siennes, et ce ni plus ni moins que s'il les transmettait sous son propre nom. Car l'idée même de *raison* signifie approbation, de sorte que transmettre un propos présenté sous tel caractère sans le censurer, égale l'adopter. Aussi, il est à peine probable qu'un homme,

⁶⁶ *Ibid.*, p. 398

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », *op. cit.*, p. 336, para. 1062.

sans émettre la moindre désapprobation, se fasse l'instrument d'introduction d'un argument qu'il ne souhaite pas voir approuvé, en le faisant passer pour une simple raison. D'une manière ou d'une autre, il se mettra à s'en laver les mains ; d'une manière ou d'une autre, il se mettra à faire comprendre que sa vraie intention est simplement de rapporter le jugement d'un autre, et non pas de livrer le sien. Et c'est cet autre jugement qu'il blâmera ; du moins il prendra soin de le repousser de sa propre position. S'il omet de le faire, la cause que l'on peut attribuer à cette omission, dans le meilleur des cas, est l'indifférence : l'indifférence au bien public — cette indifférence qui est un crime en soi.⁶⁹

Selon les critères de Bentham, si l'on peut qualifier de perfection un traité du système du droit qui prétend non seulement démontrer les institutions, mais aussi les juger, les critiquer, et ensuite proposer des amendements, un traité qui ne s'occupe rigoureusement que de la démonstration ne vaut qu'une version dégradée de la vocation de cette science. Mais rien n'est pire qu'un traité qui contribue à renforcer la raison d'être des institutions telles qu'elles sont, tout en faisant croire qu'il s'agit toujours et seulement d'une démonstration. Un travail purement d'exposant n'est qu'un travail inachevé, mais un travail d'exposant qui fait passer en contrebande des arguments du type de censeur est nuisible. Les *Commentaries* de Blackstone, son approche et son style de raisonnement, représentent exactement ce dernier genre. C'est une nuisance à double tranchant : non seulement l'auteur peut se protéger des critiques potentielles menées contre ses jugements en se cachant derrière la bannière d'exposant, mais il parvient aussi à propager ces jugements en leur accolant l'étiquette de fait et non pas d'opinion, c'est-à-dire quelque chose qui s'apprend mais qui ne se discute pas. C'est un type de raisonnement qui ne suscite pas d'autres raisonnements, car il les paralyse ; une sorte d'articulation entre le politique et le scientifique qui, en réalité, n'en est pas une — ou alors, une non-articulation — car elle ne se base pas sur la reconnaissance de ces deux dimensions distinctes, avant qu'il soit question de la manière de les articuler. Ce qui explique cette condamnation sans appel de Bentham : « Notre Auteur a fait tout ce qu'il pouvait pour empêcher la naissance de [cette science qu'est l'art de savoir ce qui doit être fait]. »⁷⁰

⁶⁹ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, op. cit., p. 399.

⁷⁰ J. BENTHAM, *Preparatory Principles*, op. cit., p. 321, para. 1027.

La louange au système établi peut être formulée de manière à être objective et à s'assimiler au scientifique, tandis que la critique ne peut se faire sans se montrer dans la catégorie du politique. C'est pour cela que l'absence du mode de censeur ne peut être considéré comme un simple choix neutre de méthode, puisqu'en prétendant être objectif, il facilite en réalité le penchant conservateur. Et le conservatisme est toujours condamnable — là encore, l'argumentation de Bentham s'avère double. D'abord, une attaque basée sur des valeurs politiques, notamment, les arguments de la raison et de l'utilité :

[...] je ne sais pas pour quelle bonne raison le mérite de la justification d'une loi quand elle est juste devrait être considéré plus grand que la censure d'une loi quand elle est injuste. [...] un système que l'on censure jamais, ne s'améliore jamais [...] [L]a résolution de justifier chaque chose à tout prix et de ne rien désapprouver, c'est une résolution qui, si elle se prolonge à l'avenir, se posera comme une barrière effective à tous les bonheurs supplémentaires auxquels nous pouvons aspirer ; si elle avait été poursuivie jusqu'à présent, elle nous aurait privé la part de bonheur dont nous jouissons déjà.⁷¹

Ensuite, une attaque d'ordre logique/ scientifique :

La disposition à affirmer que « tout est tel qu'il devrait être » n'est pas moins en désaccord avec elle-même, qu'avec la raison et l'utilité. En effet, les lieux communs à travers lesquels cette disposition s'exprime ne justifient pas plus ce qui est établi qu'ils ne le condamnent ; car ce qui est établi *maintenant* fut *autrefois* une innovation.⁷²

Le conservatisme de Blackstone ne prête pas à une perspective utile pour l'avenir (les institutions ne s'amélioreront pas), et il est fondé sur une compréhension erronée du passé (l'ordre établi que le conservatisme défend aujourd'hui n'aurait pas pu voir le jour si ce dernier en avait eu raison à l'époque). C'est surtout sur ce dernier point que l'on voit comment, dans l'esprit de Bentham, le politique et le scientifique, le bien et la vérité, ou le mal et la fausseté, s'associent et se convertissent parfaitement l'un en l'autre. Le conservatisme ne saurait être juste car il est incapable de donner des explications pertinentes sur la réalité, et cela veut dire aussi que l'avoir pour principe

⁷¹ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, op. cit., p. 399.

⁷² *Ibid.*, p. 400.

nous empêche de raisonner correctement. « Le discernement qui permet à un homme d'apercevoir les défauts d'un système d'institutions — associé au courage lui permettant de les avouer — et l'exactitude des conceptions qui lui permet de rendre compte clairement de ce système, constituent les deux faces d'une seule et même pièce. »⁷³

Le mode de raisonnement d'exposant et celui de censeur sont certes distincts, ils sont corrélatifs dans le sens où il y a un rapport fixe, une formule qui articule les deux, qui fait qu'un certain résultat dans l'un est déterminé par, et déterminant pour, le résultat dans l'autre. Cette formule qui fait que le juste ne peut être faux et le vrai est forcément bien, on la connaît déjà, c'est le principe d'utilité.

II « *Que tout soit tel qu'il doit être* » — régime de l'utilité

S'il n'existait pas la distinction entre le mode de l'exposant et celui du censeur, l'utilité, leur principe d'articulation, ne pourrait pas être pensée — voilà le fonctionnement de cette distinction dans l'approche de Bentham. Puisque Blackstone ne distingue en rien ces deux modes, puisqu'il n'est pas conscient de leur différence, son principe d'articulation (qui est en fait une « non-articulation ») penche vers la justification de l'ordre établi, vers le conservatisme, et non vers la réforme, l'utilité.

Cependant, cela signifie aussi que, du point de vue de l'utilité en tant que principe d'articulation de ces deux approches constitutives de la science juridique, le but final est de faire en sorte que les logiques respectives de chacun des deux soient enfin réunies, qu'arrive le jour où tout ce que l'exposant exposera ne sera pas autre chose que ce que le censeur aura demandé. Telle est la logique de réforme : **sa réalisation est nécessairement un processus vers l'extermination de sa propre condition de possibilité.** Et nous allons voir que, c'est au fur et à mesure de la structuration de son propre système scientifique que Bentham efface cette distinction qu'il tenait tant à maintenir.

⁷³ *Ibid.*, p. 404.

Après avoir dédié de nombreux passages aux attaques contre l'apologie aveugle de l'autorité et le mépris pour l'esprit critique, et encore plus de passages à énumérer des explications illogiques, des opinions irraisonnables voire ridicules à son goût, qui se disséminent dans l'œuvre de Blackstone, et qui peuvent tous être liées, d'une manière ou d'une autre, au penchant conservateur de l'auteur, Bentham revient à ce qui pourrait être considéré, malgré tout, comme le plus grand mérite des *Commentaries*, à savoir les travaux que l'on peut qualifier d'ordre purement d'exposant. Cette fois-ci, il s'agit de l'organisation, ou de la méthode de déploiement, des connaissances qui sont à exposer. Nous verrons que même cet aspect représentatif de la science, ou peut-être surtout cet aspect-là, ne peut pas non plus échapper aux effets causés par le principe d'articulation ; ou, plutôt, dans le cas des *Commentaries* sous l'examen de Bentham, par le manque du principe d'articulation.

Nous avons évoqué la qualité systémique dont ont fait preuve les *Commentaries*, qui, à ce titre, sont considérés comme pionniers dans le monde de la Common Law. « Il [Blackstone] est, en somme, le premier parmi tous les auteurs des institutions, qui ait appris à la Jurisprudence à parler le langage du Savant et du Gentleman ; le premier qui ait poli cette science rugueuse [...] »⁷⁴. Bentham prend soin de préciser l'aspect exact dans lequel son auteur est estimé avoir excellé. Il divise d'abord la fonction de l'exposant en deux branches : la branche de l'histoire, et la branche de la simple démonstration. La première consiste à présenter le Droit dans ses états passés. Cette partie-là est estimée avoir été exécutée par l'auteur avec une élégance impressionnante. Bentham est d'accord sur ce point, sans toutefois manquer de signaler que ce n'est pas une partie indispensable pour un projet tel que le prétendent les *Commentaries*. Quoiqu'il en soit, il n'est pas dans l'intérêt de Bentham de commenter ces travaux historiques. La deuxième branche, la démonstration, consiste à manifester le Droit dans son état actuel. Elle est composée du travail d'arrangement, de narration et d'interprétation. Les deux derniers traitent de chaque institution ou de chaque loi particulière dans le simple but de la présenter. Sur les travaux qui sont issus de ces deux types d'opération, puisqu'il ne s'agit que des informations factuelles sur

⁷⁴ *Ibid.*, p. 413.

lesquelles il n'est question que de vrai ou faux, Bentham n'a rien de particulier à dire non plus.

Ce qui l'intéresse est ce qu'il appelle « l'arrangement », c'est-à-dire la manière dont tous les éléments sont classés, mis en ordre, dans le but de les examiner d'un point de vue général, à partir duquel ils reçoivent dûment chacun leur place et un titre qui y correspond. C'est le travail le plus important et le plus difficile dans la branche de démonstration, et c'est justement cet aspect-là qui fait gagner à Blackstone sa plus grande réputation. « C'est à lui que l'on doit un tel arrangement des éléments de la Jurisprudence, lequel est, sans doute, à peu de chose près le meilleur qu'une **nomenclature technique** puisse jamais permettre. »⁷⁵ Il faut savoir lire la connotation ambivalente dans cette attribution, et se rappeler ce que Bentham veut dire quand il écrit dans ses notes que les « *Commentaries* ont permis aux hommes d'avancer jusque-là ; ils les empêchent d'aller plus loin ». Car, si c'est grâce à Blackstone que l'on a appris à ordonner les connaissances sur le système du droit de manière à leur accorder un tableau de nomenclature — « car, qu'est-ce que “dénommer de façon générale” peut vouloir dire, à part “arranger” ? Et “arranger [des éléments] sous des titres”, qu'est-ce que cela peut être si ce n'est pas “dénommer à grande échelle” ? »⁷⁶ — c'est aussi à cause de lui que cet arrangement ne peut pas être autre chose qu'un arrangement « technique ». Et « un arrangement technique ainsi dirigé, c'est-à-dire dirigé par une nomenclature technique, ne peut qu'être confus et insatisfaisant. »⁷⁷

Bentham n'a pas expliqué ce qu'il veut dire par « technique », ni la raison pour laquelle cela ne peut qu'être confus et insatisfaisant. En revanche, il continue d'expliquer ce que veut dire, par opposition, un « arrangement naturel », basé sur une certaine notion de nature humaine. On comprend par conséquent qu'un arrangement est technique parce qu'il n'est dirigé par aucun principe (ou du moins aucun qui puisse être qualifié de véritable selon les critères de Bentham), qu'il ne fait qu'arranger et rien de plus. Blackstone a beau donner à la jurisprudence un visage de systématisation, celui-ci, à son tour, ne nous propose rien de plus à réfléchir, ne renvoie à aucun autre savoir qui

⁷⁵ *Ibid.*, p. 415. C'est nous qui soulignons.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

contienne de vraie valeur scientifique. On rencontre encore une fois cette thématique benthamienne qui est de chercher la qualité scientifique d'un savoir dans son utilité, valeur externe du système du savoir qui ne peut être épuisée par le système même. Est confus ce qui ne peut pas nous montrer la direction vers les vraies valeurs — voilà la logique de Bentham.

Il nous donne ses critères pour un arrangement idéal pour la jurisprudence, un arrangement « naturel » :

L'arrangement des matériaux de toute science peut être qualifié, je suppose, d'arrangement naturel, lorsque celui-ci est caractérisé par les mêmes propriétés auxquelles l'homme en général, par la constitution ordinaire de sa nature, est disposé à prêter attention ; à savoir, les propriétés qui attirent naturellement, c'est-à-dire facilement, et fixent fermement l'attention de ceux à qui elles sont signalées. Les matériaux ou éléments qui sont ici en question, sont des actions qui sont les objets de ce que nous appelons les Lois ou les Institutions.⁷⁸

En somme, il s'agit toujours d'une nomenclature, mais avec ses éléments et le principe d'ordonnance bien définis. Les éléments de la nomenclature propre à la jurisprudence sont des actions humaines que les lois et les institutions sont censées régler. Autrement dit, pour Bentham, puisque le droit a pour objectif principal la réglementation des comportements, son système se doit d'être organisé par catégories d'actions. C'est la particularité de l'arrangement propre à la jurisprudence, qui est issue, pour ainsi dire, de la « nature » du droit. Par contre, le principe d'ordonnance de la jurisprudence, c'est-à-dire le principe selon lequel les actions humaines se divisent en catégories et trouvent chacune leur place dans le système, est commun à toute science. Cela signifie qu'une part essentielle de l'intelligibilité de toute systématisation ne provient pas du système lui-même, mais de quelque chose de plus général. Cette source d'intelligibilité, c'est la nature humaine. En effet, cette intelligibilité présuppose le fait que les êtres humains sont naturellement capables de s'emparer du monde d'une certaine manière. Un système de savoir peut ainsi être qualifié de naturel lorsqu'il est construit sur le modèle de cette appréhension naturelle dont disposent les êtres

⁷⁸ *Id.*

humains. Détachée de celle-ci, la systématisation ne sera pas bien axée ; des éléments ont beau être ordonnés, ceci ne crée pas une science. Le rôle de la science chez Bentham trouve sa meilleure expression dans cette recherche de la « nature » entendue d'une manière particulière — comme un outil soumis à l'usage, la science devrait être structurée de manière à ce qu'elle soit accessible à tous ceux qui s'en servent, pour qu'elle devienne une sorte de prolongement de leur appréhension. En d'autres termes : la science représente le même genre d'appréhension que l'appréhension naturelle, mais en plus développé, plus rationnel, et plus ordonné.

On peut imaginer que, pour que ce principe d'ordonnance puisse fonctionner comme tel, il faut présupposer une nature humaine qui est stable, compréhensible, et n'est dirigée que par quelques principes immuables. Comme chacun le sait, c'est ce qu'ont fait les utilitaristes, en posant l'homme comme un être dont la finalité est la quête du bonheur ; sauf que là où cette nature humaine a été en fait présupposée, ils croient l'y avoir découverte comme une vérité. Mais ce n'est pas notre propos de commenter sur la pertinence de la notion de nature humaine qu'ils proposent. Ce qui est important ici est la fonction de cette notion qui, dans le système de Bentham, par son titre de quasi-vérité, se pose aussi comme le fondement de l'ultime règle de morale qu'il prétend formuler — le fameux principe d'utilité. La science juridique construite de manière « naturelle », doit donc être non seulement une exposition des institutions adaptée à l'appréhension de l'homme, mais aussi une sorte de proto-système qui est prêt à être développé en un parfait tableau représentatif de ce qui pourrait être le système complet de la morale. On peut voir comment, par le biais de la « nature », l'exposant est mis en relation avec le censeur, au sens où le travail du premier est une préparation au projet du second, en même temps que le principe de censure conditionne l'organisation de l'exposition.⁷⁹ Le droit et la morale, les deux concepts qui devraient être nettement

⁷⁹ Le problème logique que le caractère singulier du principe d'utilité risque de poser — à savoir, la tendance de faire découler les règles normatives à partir des règles factuelles / naturelles, apparemment un brisement de « la loi de Hume » — a été amplement discuté par ses commentateurs et les logiciens. G. E. Moore, par exemple, considère que la pensée de Bentham constitue un exemple classique d'un type d'erreur logique : l'erreur naturaliste, qui consiste à confondre les propriétés naturelles d'un objet avec les propriétés éthiques. (G. E. MOORE, *Principia Ethica (Revised Edition)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 69-71.) Steintrager, en revanche, réfute qu'il existe une véritable contradiction entre le Bentham qui adopte la distinction de Hume et le Bentham qui prône un principe moral déduit d'une règle psychologique. Quoiqu'il soit certain que Bentham recoure à l'autorité de la psychologie pour renforcer la théorie du principe d'utilité, il n'a jamais affirmé que la validité scientifique de l'hédonisme moral trouve sa preuve directe dans l'hédonisme psychologique. « Bentham did not adopt Hume's distinction between 'is' and 'ought' statements because he wanted to make an epistemological or logical point. Rather he used it to criticise those like Blackstone who confused the law as it was with the law as it ought to be, thereby

distingués depuis les utilitaristes, se trouvent aussi dans un même continuum avec cette notion de nature. Nous reverrons cette caractéristique dans Titre 2, Chapitre 2 qui porte sur le structure épistémologique de Bentham.

Résumons donc l'élaboration concrète de cet arrangement naturel de la jurisprudence que propose Bentham. Les matières à ordonner, les objets des lois et des institutions, sont, au fond, des actions. Or, vis-à-vis des actions, les êtres humains, par leur nature, les comprennent le mieux et le plus instinctivement en termes de bonheur et malheur, ou de plaisir et peine, que les actions ont causés ou sont censées leur apporter — choses dont « un homme n'a pas à consulter un avocat pour connaître le sens »⁸⁰. Le meilleur principe d'ordonnance est donc de distinguer, comparer, classer, combiner, nommer, ou regrouper les différents modes d'actions, en fonction du bien ou du mal et de leur degré respectif, qu'ils sont estimés pouvoir apporter — à savoir, leur utilité ou nuisibilité. C'est la seule méthode qui puisse rendre le plus clair possible le système juridique aux yeux des êtres humains, et qui satisfait le plus la soif d'une compréhension complète. De surcroît, il y a au moins trois autres avantages. Le premier marque la valeur par excellence de ce travail propre à l'exposant : dirigé par le principe qui est naturel, donc universel, l'arrangement des institutions d'un seul pays pourrait bien servir de modèle à tous les autres pays du monde, avec seulement quelques modifications. Les deux autres avantages sont mis en avant du point de vue du censeur, dont l'un est la possibilité d'utiliser ce modèle en tant que filtre à mauvaise loi :

creating the impression that whatever is, is right. [...] It was his understanding that what Hume, in general, had succeeded in doing was to prove that all statements, whether of the 'is' or the 'ought' type, can only admit of degrees of probability. There is no certainty in human knowledge, neither in jurisprudence nor in the natural sciences. » (J. STEINTRAGER, *Bentham, op. cit.*, p. 34-36). Le travail de Harrison représente un autre type d'effort pour défendre Bentham. Il met en lumière le fait que, même si le principe d'utilité (question de valeur) ne peut pas être prouvé comme une vérité (question de fait), rien n'empêche que les opérations scientifiques de vérification agissent sur les arguments moraux et les transforment en des propositions de faits clairement formulées, susceptibles d'être soumises à des discussions publiques. Et dans le système de Bentham, il y a deux choses qui rendent ceci possible : la notion d'utilité qui se définit par des termes factuels : la douleur et le plaisir ; et sa méthode de langage capable de mettre les notions de différentes catégories dans un même contexte. (R. HARRISON, *Bentham*, London, Routledge, 1983, notamment 188-190.) Pour la méthode de langage de Bentham, cf. *infra*. Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

Tout en convenant de l'attaque d'ordre philosophique de Moore, Schofield opte pour une autre approche pour défendre la pensée de Bentham, qu'il qualifie d'historique. Selon lui, cette « erreur » naturaliste existe effectivement chez Bentham, mais cela est dû à son ontologie qui n'est sans doute plus compréhensible pour les logiciens modernes. « ...from the point of view of Bentham's ontology, the whole notion of the so-called naturalistic fallacy is nonsense. For Bentham, the principle of utility was true just because it rested on a factual or naturalistic foundation; in other words, it was this factual or naturalistic foundation which distinguished the principle of utility from all other ethical principles, which, because they did not have this foundation, were false. » (P. SCHOFIELD, « Jeremy Bentham, the principle of utility, and legal positivism », *op. cit.*, p. 4.) On peut dire que cette approche historique présente une sorte de relativisme ontologique, ou, selon notre terminologie, un point de vue archéologique. Sur le même problème logique mais d'un angle différent, cf. G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel : une approche de l'utilitarisme juridique*, s. l., L'Harmattan, 2001, p. 39-45.

⁸⁰ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, p. 418.

La nuisibilité d'une mauvaise loi serait détectée, ou du moins son utilité serait rendue suspecte, en raison de la difficulté à lui trouver une place dans un tel arrangement. En revanche, un arrangement *technique* est comme une cuve qui encaissera toutes les ordures qui y sont jetées avec la même facilité.⁸¹

L'autre concerne la création de ce que Bentham appelle *Jurisprudence* universelle ou *Jurisprudence* critique :

La *synopsis* d'un tel arrangement serait un compendium à la fois de la *Jurisprudence expositive* et la *Jurisprudence censoriale* — il ne servirait pas plus effectivement à instruire les *sujets*, qu'à justifier ou réprover le *Législateur*. En somme, une telle *synopsis* serait à la fois une carte — universelle, qui plus est — de la *Jurisprudence* telle qu'elle *est*, et une esquisse succincte mais complète de la *Jurisprudence* telle qu'elle *devrait être*.⁸²

Ayant pour objet le droit tel qu'il est, l'exposant benthamien ne fait pas uniquement l'arranger, ni l'exposer ; il le fait en respectant le même principe qu'emploie le censeur benthamien qui se charge de dire ce que le droit devrait être. Les résultats finaux de leurs travaux respectifs ne peuvent pas être considérés, à proprement parler, tout à fait identiques ; mais ils sont censés être compatibles l'un à l'autre. La motivation derrière cet effort d'articulation, le but final qui n'est toujours pas atteint aujourd'hui — c'est-à-dire plus de deux cents ans après l'apparition de l'ouvrage —, mais que Bentham pensait déjà pouvoir accomplir avec ses projets de législation, est de faire en sorte que « tout soit tel qu'il devrait être » :

Si la *Common Law* était transformée en lois (*Statute Law*), la fin commune des deux serait mieux réalisée, et la *Jurisprudence* de la *Common Law* perdrait bien évidemment son objet. Si les lois étaient ce qu'elles devraient et pourraient être, la science de la *Jurisprudence* prendrait fin. La connaissance sur le contenu des lois ne constituerait plus une science. Elle ne serait pas plus une science en soi que ne l'est la connaissance sur ce qui est contenu dans des journaux.⁸³

⁸¹ *Ibid.*, p. 416.

⁸² *Ibid.*, p. 417.

⁸³ J. BENTHAM, *Preparatory Principles*, *op. cit.*, p. 322, para. 1029.

Avec Bentham, nous avons quitté la nature du droit naturel pour arriver à une autre nature, la nature humaine.⁸⁴ Quoi que chacune à sa manière, toutes deux sont à la fois principe d'intelligibilité et principe d'impératif, qui servent tantôt à expliquer l'état des choses, tantôt à s'imposer en tant que règle morale, en s'appuyant l'un sur l'autre. Nous sommes donc passés de la formule « tout est tel qu'il doit être » pour rencontrer son analogue : « que tout soit tel qu'il doit être ». Mais ce à quoi nous avons assisté dépasse une simple bataille entre deux notions de nature, voire deux régimes moraux. Avec leurs manières différentes d'articuler (après les avoir distingués, s'il le fallait) l'être et le devoir-être, le scientifique et le politique, ou le droit et la morale, certains changements se sont produits dans ce développement et ont renouvelé fondamentalement le paysage des problématiques dans la science du droit. Le changement qui concerne le plus notre propos dans ce chapitre est la transformation du rôle de la science. Celle-ci qui avait pour but principalement de traduire et transmettre l'intelligibilité du système juridique — lequel, le principe de légitimation (le droit naturel) lui étant inhérent, contenait lui-même la condition de cette intelligibilité — est maintenant devenue, dans le leitmotiv de la réforme, partie prenante du processus de la construction même du système — lequel n'est plus rationnel ni intelligible en soi, mais seulement à travers la dictée de la science. La science, dont la possibilité était inséparable du système juridique et prenait corps en lui — une configuration d'après laquelle la rationalité ne se sépare pas de la réalité mais se développe et se justifie réciproquement avec elle —, est maintenant porteuse d'une mission indépendante dont théoriquement on peut concevoir le début et l'accomplissement, de telle sorte qu'elle n'aura plus lieu d'être au moment où le système sera achevé et mis en branle — la rationalité se libère de la réalité. Le fait que la science chez Bentham soit capable de supporter, voire de faire fonctionner, deux propositions complètement contradictoires — la distinction d'un côté et la réunification de l'autre, de l'être et du devoir être du droit — au point d'en faire des critères de sa qualité scientifique,

⁸⁴ Avant que le positivisme juridique ne soit devenu un terme et un thème courants au cours du XX^{ème} siècle, et que la dichotomie entre positivisme et jusnaturalisme ne surgisse, il était commun que l'on souligne l'affinité entre l'utilitarisme de Bentham et la philosophie de la notion polysémique de droit naturel, même si sa fameuse critique contre cette dernière était tout autant étudiée. Qui plus est, les juristes allemands du XIX^{ème} siècle n'hésitaient pas à qualifier les théories de Bentham et Austin de jusnaturalistes. Voir J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 1901, vol. 2, p. 569, 614. Lieberman fait remarquer qu'à l'époque de Bentham, le jusnaturalisme avait commencé à avoir un aspect utilitariste. (D. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, *op. cit.*, p. 227-228.) Concernant ce point, cf. A. PERREAU-SAUSSINE, « Bentham and the Boot-strappers of Jurisprudence: the Moral Commitments of a Rationalist Legal Positivist », *op. cit.*, p. 351-356.

ne peut être compréhensible que dans un temps du devenir, temps de la réforme. Dans ce temps, la science n'a pas de valeur en soi, mais son rôle est d'autant plus essentiel justement parce qu'elle est devenue un instrument indispensable. L'ancien mode de connaissance qui était possible grâce à l'éternité et l'immutabilité des choses, devient chose saugrenue devant la logique du rapport entre moyen et fin qui prime dans ce temps. Un concept de droit formalisé et purgé des valeurs morales — le supposé point de départ de l'intelligibilité d'un projet de réforme — est un produit inévitable de ce processus dans lequel la science est pensée par son utilité, ainsi qu'un élément nécessaire de sa structuration. Si un tel concept de droit obtenait dès lors un statut indépendant au point de représenter une valeur scientifique immuable et de constituer l'objet d'un projet de science complètement à part, on assisterait à la naissance d'un positivisme juridique. L'histoire a beau sembler valider ce scénario, il n'était pas celui que la science du droit utilitariste envisageait.

Chapitre 2 Le mythe de la thèse de séparation

Section 1 L'utilitarisme : un positivisme pour le devoir-être du droit ?

Nos travaux dans le chapitre précédent peuvent être lus, quoique d'une manière indirecte, comme la proposition suivante : relativiser ce qui constitue l'une des problématiques caractéristiques du positivisme juridique, la fameuse thèse de séparation. C'est Hart qui a donné la définition la plus simple de cette thèse : « il n'existe pas nécessairement de lien entre le droit et la morale »⁸⁵. Selon lui, elle trouve sa première expression moderne et proprement théorisée dans le cadre de la science juridique dans l'utilitarisme⁸⁶. Cette vision suppose que l'on parle du même concept de

⁸⁵ Hart a donné cinq significations différentes du terme « positivisme » tel qu'il est employé par la philosophie du droit dans le contexte contemporain, dont la thèse de séparation. Ces cinq significations ne s'excluent pas l'une l'autre, et il est tout à fait possible qu'une certaine position positiviste contienne certaines d'entre elles et soit incompatible avec les autres. La thèse de séparation est considérée par Hart comme la plus commune de toute position. Ce groupe de cinq définitions est devenu la référence la plus célèbre quant à la définition du positivisme juridique. Elles sont respectivement : « (1) the contention that laws are commands of human beings; (2) the contention that there is no necessary connection between law and morals or law as it is and ought to be; (3) the contention that the analysis (or study of the meaning) of legal concepts is (a) worth pursuing and (b) to be distinguished from historical inquiries into the causes or origins of laws, from sociological inquiries into the relation of law and other social phenomena, and from the criticism or appraisal of law whether in terms of morals, social aims, "functions," or otherwise; (4) the contention that a legal system is a "closed logical system" in which correct legal decisions can be deduced by logical means from predetermined legal rules without reference to social aims, policies, moral standards; (5) the contention that moral judgments cannot be established or defended, as statements of facts can, by rational argument, evidence, or proof ("noncognitivism" in ethics). » (« Positivism and the Separation of Law and Morals », *op. cit.*, p. 602.)

⁸⁶ Hart croit effectivement que l'on peut parler d'une histoire de cette idée qui sépare le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être. « At the close of the eighteenth century and the beginning of the nineteenth the most earnest thinkers in England about legal and social problems and the architects of great reforms were the great Utilitarians. Two of them, Bentham and Austin, constantly insisted on the need to distinguish, firmly and with the maximum of clarity, law as it is from law as it ought to be. This theme haunts their work, and they condemned the natural-law thinkers precisely because they had blurred this apparently simple but vital distinction. » *Ibid.*, p. 594. Un autre fameux passage sur Bentham qui sert régulièrement de point de départ aux études comparatives sur ces deux personnalités : « It is clear that the form of his [Bentham] analysis of these basic concepts is largely dictated by two features of his thought which have led to his being regarded in contemporary works of jurisprudence as a prime exponent or even the founding father of legal positivism. The first of these features is his imperative theory of law according to which laws are the explicit or tacit commands and prohibitions, standardly supported by coercive sanctions, issued by a sovereign legislator or legislative body or their subordinates, and the permissions to act or refrain from acting issuing from these same sources. The second of these two main features of Bentham's thought is his view that law has no necessary or conceptual connection with morality, although, as he clearly saw, there are many important and often complex contingent connections between them. He recognized that laws may and often do mirror or incorporate the requirements of morality and that legal systems may not only be morally admirable when this is so, but also most stable, yet these connections between law and morality were none the less contingent. [...] Though I think Bentham's imperative theory of law must be discarded, his conceptual separation of law and morality, sensitive as it is to many important empirical connections between them, seems to me a permanently valuable feature of his thought which can and should be retained when his imperative theory is discarded. It is valuable, I think, not only because it reproduces the way in which law in modern societies appears to many of its subjects but also because it permits the construction of a general theory of law applicable to legal systems whatever their moral quality, justice or injustice, or the moral belief of its subjects or officials. » H. L. A. HART, *Essays on Bentham : Jurisprudence and Political Theory*, *op. cit.*, p. 17-19.

droit, du même concept de morale, voire du même concept de concept, et ce, dans le même but de rechercher la même vérité scientifique, à chaque fois que surgissent des idées qui semblent revêtir la même formule. Or, comme démontré dans le chapitre précédent, dans le cas de l'utilitarisme, une démarche similaire (la distinction entre l'être et le devoir-être du droit) est effectuée dans un contexte théorique différent. Si pour le positivisme juridique contemporain, il s'agit d'une question épistémologique, concernant ce que l'on peut ou ne peut pas savoir par la méthode scientifique (celle qui nous permet de connaître le droit tel qu'il est, et qui n'est pas apte à nous apprendre ce qu'il devrait être), pour le modèle utilitariste en revanche, la séparation implique à la fois des questions d'ordre logique et politique, car elle est inscrite dans la poursuite des réformes et de la reconstruction du système juridique et du gouvernement. Tandis que l'esprit positiviste contemporain est constamment tourmenté par cette thèse qui s'avère beaucoup plus délicate à démontrer qu'elle ne le semble à première vue, Bentham et ses successeurs ne doutent jamais de la distinction entre l'être et le devoir-être, laquelle ils sont toujours prêts à emprunter. Problème pour l'un, évidence pour l'autre, cette différence est sans doute facile à expliquer : par rapport au positivisme juridique contemporain qui pose le concept de droit en tant que point central de son interrogation principale, les utilitaristes n'ont pas l'intention de s'arrêter à cette contemplation purement conceptuelle — bien définir le concept de droit est une étape fondamentale mais, en même temps, préparatoire, car leur ambition politique annonce que leur vrai problème est encore à venir.⁸⁷

⁸⁷ Il faudrait entrer dans une discussion détaillée sur les diagnostics concrets que fait Bentham de son temps au sujet du gouvernement et du droit, ainsi que sur les influences théoriques qu'il a reçues, pour pouvoir présenter les connotations politiques de sa conception du droit dans leur ensemble et la raison pour laquelle celle-ci devient inévitable sur le plan théorique. Mais il est clairement impossible d'intégrer cette tâche dans notre recherche qui se focalise sur la structure de son modèle scientifique, d'autant plus qu'il existe déjà des littératures très riches sur ce thème. Tout en nous bornant à démontrer simplement que la question d'ordre logique qui nous occupe ici — la distinction de l'être et le devoir-être du droit — ne provient en réalité jamais d'une simple question de logique (ni pour ceux qui ne font pas la distinction, ni pour ceux qui la font), nous renvoyons le lecteur à quelques références qui, avec des approches différentes, proposent des observations qui permettent de mesurer l'écart entre le positivisme de Bentham et celui de Hart.

Le travail de Postema saisit la singularité de la *jurisprudence* de Bentham qu'il considère à la fois normativiste et positiviste, en le situant dans le contexte du système de *common law*, à l'encontre duquel est inspirée sa manière d'imaginer les fonctions sociales que le droit devrait assurer, auxquelles sa conception du droit est intimement liée. Pour Postema, l'intention de Bentham n'a jamais été de saisir la nature du droit de manière analytique : « ...from our study of British legal theory from Hobbes to Bentham... [we] encountered general accounts or theories of the *nature* of law, and even *definitions* of law, but in each case they were not exercises in a priori metaphysics or conceptual analysis but were firmly grounded in reflection on familiar legal practice and its point and on the appropriate tasks or functions of law in society. This might have been expected from theorists in the Common Law tradition which took pride in blurring the distinction between the descriptive and the normative, but it is initially surprising to find it also in Hobbes and even more surprising in Bentham. But the evidence is overwhelming that, despite their insistence that the criteria for identification of *laws* be purged of all moral or evaluative conditions, they never sought to defend an account of the *nature of law* by appeal solely to morally neutral social facts, or a priori conceptual or linguistic analysis. Bentham's radical linguistic revisionism is clearly incompatible with the suggestion

Cependant, il y a bien un autre aspect de l'utilitarisme qui pourrait aussi rendre compte de cette différence ; un aspect cette fois épistémologique : contrairement à leur homologues contemporains, les positivistes benthamiens prétendent n'avoir aucune difficulté à connaître la vérité du devoir-être — le secret réside simplement dans la formule du principe de l'utilité. D'où la difficulté de classer l'utilitarisme de Bentham dans la dichotomie qui s'avère trop simpliste de « droit naturel / positivisme juridique » : du point de vue de la dictée de l'utilité, qui définit la justice comme le bien ultime ou le plus grand plaisir, dans le dessein duquel le droit comme la morale ne sont que des moyens parmi d'autres, il semble être trop naturaliste pour être positiviste ; du point de vue de sa méthode scientifique, qui prétend être capable de s'emparer du devoir-être du droit de la même manière qu'il s'empare de l'être du droit, son « positivisme » a sans doute une portée beaucoup plus étendue que le positivisme juridique.

Le modèle scientifique de la *jurisprudence* utilitariste semble donc de plus en plus éloigné du positivisme hartien qui revendique l'avoir pour origine. Le rapport entre la

that he simply sought a definition of the ordinary concept of law. In fact, he believed that there was no one thing generally meant by the term 'law'. » G. J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, *op. cit.*, p. 320.

Toujours à propos de cette tendance propre au positivisme juridique contemporain (c'est-à-dire positivisme depuis Hart, selon la définition de Schauer) de réduire le champ de discussion à l'essence du droit, Schauer met en avant trois thèmes historiquement liés au courant positiviste qui sont exclus de la plupart des discussions contemporaines et surtout de celles du monde anglo-saxon. Ils sont respectivement : 1) le rapport entre théorie du droit et réforme juridique (la première n'est pas simplement dans le but de mieux comprendre ou décrire le droit, mais aussi de faciliter les réformes souhaitées, qu'il s'agisse de changer des institutions ou la manière dont celles-ci sont perçues par la société) ; 2) la mise de l'accent sur le rôle de coercition et de sanction en tant que composant fondamental du droit ; 3) la mise de l'accent sur le rôle de juge et le processus de décision juridique, qui rejoint en fait le premier thème de réforme. Le positivisme de Bentham est considéré comme contenant un aspect normatif voire éthique par Schauer compte tenu de ces trois thèmes qui caractérisent ses théories. Il y a donc comme une sorte d'« oubli » qui fait que ces thèmes qui ont joué des rôles importants dans la formation du positivisme juridique ne sont plus pris en compte dans la définition de celui-ci (processus que Schauer, de manière critique, qualifie d'une sorte de « dépendance au sentier »). Selon Schauer, cette tendance « essentialiste », c'est-à-dire ne traiter dans la philosophie du droit que des éléments considérés comme les seuls essentiels au droit, n'est pas due à la nature de ces éléments, mais à une certaine compréhension de ce que veut dire « faire la science du droit ». F. SCHAUER, « The Path-Dependence of Legal Positivism », *op. cit.*, notamment p.957, 968, 973 et 976.

À travers une approche différente, Schofield discute l'interprétation hartienne de la théorie du droit de Bentham et conclut que, ni par sa conception du droit, ni par sa méthodologie, on ne peut qualifier Bentham de positiviste au sens où Hart l'entend. Plusieurs points de ses arguments révèlent en effet que, au-dessous des similitudes qu'il peut y avoir entre la conception du droit de Hart et celle de Bentham, il existe des différences fondamentales dans leur conception respective de la science. Sur l'emploi d'un langage neutre pour « décrire » le droit, par exemple, il dit que « Hart's claim that there were moral reasons for adopting a morally neutral terminology would not have made any sense to Bentham. For Bentham, it was the moral value of the terminology that provided the reason for the utilitarian theorist to adopt it. » (« Jeremy Bentham and HLA Hart's "Utilitarian Tradition in Jurisprudence" », *op. cit.*, p. 155.) Et sur la distinction entre le mode de l'exposant et du censeur : « Although Bentham developed the characteristic distinction of substantive legal positivism between law as it is and law as it ought to be, this was not predicated on the twentieth-century distinction between fact and value, which is an essential element of contemporary legal positivism. » (*Ibid.*, p. 159.) Relatif à cette question, cf. X. ZHAI, « Bentham's Natural Arrangement Versus Hart's Morally Neutral Description », *Revue d'études benthamiennes [online]*, vol. 10, 2012.

thèse de séparation, et le positivisme juridique que la première est censée caractériser, devrait être remis en question. Faudrait-il accepter un élargissement du terme de positivisme juridique qui, dès lors, regrouperait toute variété de modèles scientifiques tant que ceux-ci présentent une tendance à séparer le droit de la morale ? Ou à l'inverse, faudrait-il abandonner complètement la thèse, puisqu'elle ne joue plus le rôle de critère par lequel la science dite positivisme juridique se distingue ? Mais dépourvu de ce caractère, le positivisme juridique est-il encore le positivisme juridique ?

Il est évidemment hors de notre portée de répondre à ces questions concernant la manière dont le positivisme juridique **devrait** être défini. Pourtant, il est tout à fait judicieux de voir comment, pour pouvoir comprendre l'enjeu que pose la thèse de séparation à l'égard de la science du droit, ces questions elles-mêmes devraient être repensées. Encore une fois, la question pour nous n'est pas de discuter la pertinence de cette thèse, mais de comprendre le contexte dans lequel il est nécessaire qu'elle soit ainsi formulée. C'est pour cette raison-là que nous nous tournons ici vers la théorie de Martin Stone qui propose une manière originale de comprendre cette prétendue origine utilitariste du positivisme juridique.

Section 2 La version jusnaturaliste de la thèse de séparation

Face à ce problème apparemment d'ordre théorique — « Peut-on et, si oui, comment définir le positivisme juridique avec la thèse de séparation ? » —, Stone ne se précipite pas à entrer directement dans le jeu purement analytique ou spéculatif. En revanche, il essaie d'abord de le reformuler en une interrogation, pour ainsi dire, proprement archéologique : que peut-il y avoir de vraiment innovateur dans la thèse de séparation chez les utilitaristes ? Quel sens tirer de l'énonciation de leur fameuse formule, compte tenu de la manière dont et du moment où ils l'ont formulée : « L'existence du droit est une chose, son mérite ou démérite en est une autre. »⁸⁸ ? En

⁸⁸ « *The existence of law is one thing; its merit or demerit is another.* » La phrase appartient à John Austin, dans *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing, 1998, p. 184.

quel sens cette idée ainsi formulée peut-elle être considérée comme une invention ou une découverte propre au positivisme juridique (en supposant que les utilitaristes en font partie) ? Car, n'est-il pas absurde de supposer qu'avant Bentham, l'idée selon laquelle une loi immorale reste malgré tout une loi était méconnue ? L'*Antigone* de Sophocle aurait été incompréhensible si tel avait été le cas. Pour Stone, afin que la thèse de séparation ait un sens, et pour pouvoir comprendre ainsi l'enjeu du positivisme juridique, il faut chercher l'originalité dans la manière de penser qui a conduit à la proposition de la thèse. Il convient de citer ici en entier un passage clé du raisonnement de Stone :

La philosophie grecque devient d'abord consciente d'elle-même partiellement en s'apercevant que les lois, tout comme les coutumes et les mœurs, peuvent être comme **ceci** ou comme **cela**, et qu'elles peuvent sérieusement dérailler. Le fait que Socrate soit punissable en tant que malfaiteur d'après la loi est, après tout, uniquement **la perception** des choses de la masse athénienne. C'est là où la philosophie du droit **commence**. On peut donc se demander : si le droit à l'époque de Bentham et de Austin avait besoin d'être réformé, pourquoi ne pas le critiquer tout simplement ? Pourquoi ce sentiment d'avoir besoin — comme ce que le récit standard fait entendre — de **se préparer** à le critiquer, en affirmant que le droit **peut être soumis** à la critique, puisque, après tout, son existence est une chose et son mérite en est une autre ? ⁸⁹

Autrement dit, si de tout temps dans l'histoire de la philosophie du droit, il ne manque pas d'idées qui présupposent même implicitement que le droit et la morale ne sont pas complètement la même chose — faute de quoi les critiques contre les mauvaises lois ne peuvent plus avoir de sens — le geste de poser cette distinction de manière à en faire un principe général, une idée abstraite valable en dehors de tout cas concret, devrait signifier quelque chose d'autre qu'une simple distinction. Sous l'interrogation de Stone, c'est bien la fonction, et non pas la pertinence, de la thèse de séparation qui est en question.

Pour donner une idée plus concrète de ce décalage qu'a créé la thèse, il nous faut présenter brièvement l'hypothèse que fait Stone sur ce que pourrait être la version, en quelque sorte, jusnaturaliste de la distinction entre le droit et la morale. Selon Stone,

⁸⁹ M. STONE, « Legal Positivism as an Idea of Morality », *op. cit.*, p. 322.

qui se réfère ici à John Finnis⁹⁰, si ce que la formule thomasienne « *lex injusta non est lex* » voulait transmettre comme message est qu'une loi injuste n'est pas valide (n'est pas une loi), celle-là ne commencerait pas justement avec le terme « loi injuste ». Au lieu d'une prétention à déterminer le statut propre au droit, ce qu'exprime en fait cette formule fait partie des réflexions portées sur ce que devrait être le droit, c'est-à-dire les valeurs que le droit est censé atteindre, en se référant à ce qu'il ne devrait pas être. Quelque peu de la même manière que lorsqu'on dit : « Un scout qui n'aide pas les autres n'est pas un vrai scout. », ou « Ce mariage n'est pas digne d'être appelé un mariage. », l'intention derrière ces propos n'est pas de nier l'existence de ces statuts (scout, mariage, ou *lex*), mais de reconnaître que les éléments qui les rendent « impurs » — qui font qu'ils n'équivalent pas au scout, au mariage, ou à la loi à proprement parler —, ne peuvent pas être bien compris sans être référés à des idées qui sont censées les conduire vers leur état « pur » (un scout authentique, un vrai mariage, ou la bonne loi). Il y a donc comme une double structure à l'intérieur de ce à quoi se réfère le concept *lex*, comme pour l'emploi des termes « scout » ou « mariage » : l'une renvoie à une conception socio-positive (« cette loi que l'on considère injuste... »), l'autre est liée à l'usage critique (« ...n'est pas une loi. »). Il n'empêche que, logiquement parlant, ces deux dimensions devraient pouvoir être distinguées, bien que résumées sous un même concept ou une même appellation. Car la possibilité de la dimension critique de la morale réside justement dans ce qu'elle est détachée de l'autre dimension à laquelle elle s'impose en tant qu'objectif ou fil directeur. Autrement dit, si la morale fonctionnait vraiment comme un « filtre » — pour prendre les mots de Stone —, c'est-à-dire une condition à remplir par toute loi ne serait-ce que pour rester ce qu'elle est — ce que reproche le positivisme juridique au droit naturel —, il n'y aurait ni de sens ni d'utilité à prononcer « *lex injusta non est lex* ». ⁹¹

Que cette formule signifie que le droit soit déterminé par la morale, selon Stone, n'est qu'un mythe que le positivisme juridique contemporain a créé à partir de sa propre image : le droit **est**, quelle que soit sa moralité. S'y opposer étant la manière la plus simple de se définir, le positivisme juridique contemporain imagine la doctrine du droit

⁹⁰ Voir J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 364-365.

⁹¹ M. STONE, « Legal Positivism as an Idea of Morality », *op. cit.*, p. 323-324.

naturel comme son opposé total. Paradoxalement, suivant cette logique propre aux positivistes contemporains, le premier juriste qui aurait explicitement réalisé un concept de droit au moins partiellement jusnaturaliste selon leur critère, c'est-à-dire avec un « filtre moral » intégré, serait un positiviste : Radbruch, avec sa fameuse formule qui retire le statut de droit aux lois qui sont « insupportablement injustes ». ⁹²

La formule « *lex injusta non est lex* » a donc subi une distorsion. Avant le XIX^{ème} siècle, à l'époque où le droit naturel avait encore sa crédibilité, la formule n'était pas considérée comme une invitation à penser le droit à partir de sa limite ou de la condition de son existence, mais à penser le droit à partir des éléments, des phénomènes, ou des questions qui pourraient surgir et affecter la conception de droit, tant qu'il est question de le rendre digne de son nom. ⁹³ Le problème, comme nous pouvons maintenant essayer de le formuler avec nos termes, est que la question de définir indépendamment le concept de droit dans son mode d'existence, n'était pas la problématique autour de laquelle la conception du droit naturel s'est construite — chose qui semble si évidente une fois énoncée, elle est pourtant facile à oublier dès que la doctrine du droit naturel est tenue de répondre à la question que le positivisme juridique a posée. D'après Stone, c'est justement avec cette interprétation positiviste contemporaine du droit naturel que l'on n'arrive plus à comprendre (ou que l'on finit par oublier) la signification et la nécessité de la thèse de séparation émergée chez les utilitaristes.

Section 3 Énoncer la différence entre droit et morale : de la question du jugement à la question de la connaissance

Il nous est sans doute impossible et surtout non nécessaire de résumer ici, parmi les nombreuses variations de la conception de droit naturel, la problématique propre à cette doctrine ; et il en est de même pour Stone. Son centre d'intérêt est de se situer à la place des utilitaristes — c'est-à-dire les positivistes du XIX^{ème} siècle qui, contrairement à notre époque, ne comprenaient sans doute pas encore la doctrine du droit naturel

⁹² *Ibid.*, p. 324-325.

⁹³ *Ibid.*, p. 325

comme un contrôle externe déterminant la validité du droit —, et de trouver un lien entre leur compréhension de la doctrine et, par rapport à cela, ce qui les a motivés à poser la thèse de séparation comme un principe épistémologique général. Il s'efforce donc de surmonter la simple dichotomie naturaliste / positiviste — dichotomie qui est, elle aussi, configurée à partir de la problématique du concept de droit —, en se focalisant sur ce que le rapport du droit à la morale devrait signifier, cette fois-ci, non du point de vue du droit, mais du point de vue de la morale. Ce qui attire son attention dans la doctrine jusnaturaliste est cet aspect qui reconnaissait un rapport substantiel tel que, chaque fois qu'une question sur la moralité d'une loi était posée, il ne s'agissait pas seulement de savoir si celle-ci était bonne ou mauvaise, mais aussi et surtout de comprendre l'enseignement de la morale (ou de la justice) en termes juridiques. La question centrale, celle qui suscitait autant d'énergie et d'intérêt intellectuels dans l'élaboration des théories du droit naturel, était donc de savoir comment concrétiser les règles morales avec des institutions et des jugements humains. Sans quoi la connaissance sur la morale se serait arrêtée au niveau de principes généraux, lesquels seuls indiquaient certes une direction générale, mais étaient loin d'être suffisants pour éclairer le bien et le mal dans une situation précise. Autrement dit, la réponse morale à un cas concret ne pouvait pas être intégralement déduite sans recourir aux dispositifs institutionnels. Stone prend l'exemple que Lon Fuller a donné dans son débat avec Hart : la morale a beau prescrire le précepte : « Ne prends pas ce qui appartient à autrui. », encore faut-il que le droit établisse ce qui appartient à qui.⁹⁴ Plutôt que l'idée selon laquelle la validité du droit dépend de sa qualité morale — proposition qui, peu importe si elle aurait eu l'approbation de tous les jusnaturalistes, était hors de propos en vue de leur objectif, selon Stone — le vrai enjeu de la doctrine qui a dû déranger les premiers positivistes, en tant qu'utilitaristes, était le fait que la morale devrait dépendre du droit pour être accomplie. Car, comme nous l'avons à maintes reprises mentionné, le principe de l'utilité était justement développé dans le but de soumettre toute question morale au calcul limpide de la science.

⁹⁴ Le débat s'est constitué de deux articles de Hart et de Fuller publiés sur *Harvard Law Review* en 1958 : « Positivism and the Separation of Law and Morals » et « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart ». L'exemple de Fuller ici en question se trouve dans la réédition de 1964 de son livre *The Morality of Law* qui consacre une partie à répondre à ses critiques, dont non seulement Hart, mais aussi Ronald Dworkin et Marshall Cohen. H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *op. cit.* ; L. L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, p. 630-672 ; L. L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, London, Yale University Press, 1964, p. 205.

Nous ne pouvons pas exposer tout le cheminement de Stone, mais sa conclusion peut être résumée de la manière suivante : ce que signifiait véritablement la thèse de séparation, au moment où et telle que les utilitaristes l'ont posée, n'était pas simplement que le droit et la morale étaient deux choses différentes — les hommes avant eux le savaient déjà. Ce que la thèse a apporté de nouveau était certes un statut du droit identifiable indépendamment de la morale, mais ceci était le résultat direct d'une nouvelle conception du système de la morale qui n'avait, désormais, plus besoin du droit pour être complet. Autrement dit, ce qui se retrouvait en arrière-plan d'une nouvelle notion de droit, était une nouvelle notion de morale. Puisque théoriquement parlant, on pouvait connaître indépendamment la réponse à toute question morale en se servant du calcul de l'utilité ; puisque la science de la morale, ou plutôt, du devoir-être du droit, était désormais autonome ; alors l'être du droit et sa connaissance devaient naturellement voir leurs confins retracés aussi clairement que la morale et sa connaissance. La question de la morale se trouve donc à l'origine du positivisme juridique, d'où le titre de l'article de Stone : « *Legal Positivism as an Idea of Morality* ».

Stone propose une thèse originale basée sur son observation de la différence entre la morale utilitariste et la morale jusnaturaliste, ce qui est à son avis le véritable point de divergence entre les deux écoles. C'est à partir de cette différence qu'émerge la possibilité d'affirmer catégoriquement la distinction conceptuelle entre l'existence et le mérite d'une loi, transformant le moraliste utilitariste en un positiviste. Sa méthode qui consiste à restituer la thèse de séparation dans son contexte historico-théorique et son attention portée sur le devoir-être plutôt que sur l'être du droit lui permettent à la fois de redéfinir le positivisme juridique tel qu'il l'entend en tant que position morale, et de remettre en question la scène contemporaine de la philosophie du droit qui se focalise trop sur un problème qui n'en avait jamais été un avant notre époque, problème du concept pur et abstrait de droit. Il existe bien évidemment des simplifications dans son raisonnement, par exemple la tendance à identifier le positivisme juridique presque exclusivement avec la thèse de séparation ; ou encore le fait qu'il désigne le XIX^{ème} siècle comme le moment où tout a basculé, ce qui laisse la place de Bentham quelque peu dans l'ambiguïté par rapport à sa propre définition du positivisme. Mais ces

questions impliquent encore une fois que l'on présuppose qu'il existe une bonne définition du positivisme juridique qui serve de point de départ à toute analyse. Comme nous l'avons déjà montré dans l'Introduction, le positivisme juridique n'existe pas. De ce fait la question est toujours « de quel positivisme juridique parle-t-on et dans quel but ? ». Stone a certes commencé son interrogation à partir de la définition la plus courante, c'est-à-dire la définition hartienne qui souligne le rôle central de la thèse de séparation et qui considère sans doute Austin plus que Bentham comme le précurseur proprement dit ; sa méthode qui cherche à connaître le « pourquoi » et le « comment » de l'origine d'un courant de pensée lui permet de renverser finalement le « devoir-être » de cette définition même — le positivisme juridique serait mieux compris non pas à partir du droit séparé de la morale, mais de la morale séparée du droit.

Dans l'ensemble, notre recherche bénéficie considérablement de la thèse de Stone qui démontre la différence entre les positivistes du XIX^{ème} siècle qui l'étaient en tant que juristes réformistes, et les positivistes depuis Hart qui le sont en tant que philosophes analytiques, dans leur manière respective de faire fonctionner la thèse de séparation. Même si le cas exemplaire dont il se sert demeure le modèle d'Austin, nous voyons bien que nos analyses sur Bentham dans la section précédente, notamment l'importance du rôle de l'aspect utilitariste et réformiste dans sa critique de Blackstone, donnent des résultats qui résonnent dans le même sens et qui s'expliquent mieux à la lumière de son interprétation.

Section 4 La nécessité de définir le droit : la conscience et la non-conscience des utilitaristes, acteurs historiques malgré eux

Demeure un dernier point qui paraît problématique : comment justifier cette hypothèse avec les pensées propres à Bentham ou Austin, vu que, bien évidemment, ils n'ont jamais laissé d'écrits explicitant que la raison pour laquelle ils postulent la thèse de séparation vient directement de leur conception de morale. Qui plus est, dans les passages où la prétendue thèse est indiquée, l'ordre logique semble plutôt inversé — il faut d'abord distinguer l'être et le devoir-être du droit avant qu'il ne soit question de

la science du dernier — comme nous l’avons vu avec le passage de l’exposant et du censeur de Bentham. Comment soutenir une thèse qui semble aller à l’encontre du sens littéral du texte qu’elle prétend analyser ? Il nous semble convenable de rappeler ici la leçon de Paul Veyne sur un point essentiel constituant la méthode archéologique : l’objet propre de l’étude historique, le **discours** au sens foucauldien, « est ce qui est dit réellement, à l’insu des locuteurs : ceux-ci croient parler largement et librement, alors qu’à leur insu ils disent des choses étroites, bornées par une grammaire incongrue... »⁹⁵. De cette manière, par exemple, « le prince croit gouverner, régner ; en fait, il gère des flux, ou il choie des enfants, ou il guide le troupeau. »⁹⁶ Les personnages dans l’histoire se croient souvent faire une chose, en réalité ils en font une autre — les situations étant telles qu’elles sont sous leurs yeux, leur réaction semble aller de soi et ils ne voient pas ce qu’ils peuvent faire d’autrement. Car, « ils ne savent même pas qu’ils ne savent pas (tel est le sens des mots ‘aller de soi’), à la manière d’un automobiliste qui *ne voit pas qu’il ne voit pas*, si la pluie s’ajoute à la nuit [...] C’est assurément une chose curieuse, bien digne d’intriguer un philosophe, que cette capacité qu’ont les hommes d’ignorer leurs limites, leur *rareté*, de ne pas voir qu’il y a du vide autour d’eux, de se croire chaque fois installés dans la plénitude de la raison. »⁹⁷ « La méthode consiste donc, pour Foucault, à comprendre que les choses ne sont que les objectivations de pratiques déterminées, dont il faut mettre au jour les déterminations, puisque la conscience ne les conçoit pas. »⁹⁸ Pour bien comprendre un discours, une pensée, ou un concept qui fait l’objet d’une archéologie, l’historien devrait donc savoir plus que son auteur, y compris le fait que celui-ci ne sait pas certaines choses, car ce que l’auteur ne sait pas contribue à déterminer ce qu’il peut et pense savoir.

Pour combler ce mince écart demeurant entre la thèse de Stone et la réalité dans laquelle se trouvait ses utilitaristes, nous y ajoutons un simple complément et une petite modification : il n’y a pas besoin que Bentham et Austin soient conscients de ce que Stone leur attribue ; il faudrait même que ce ne soit le cas — car, de leur point de vue, à partir du moment où ils ont conçu la morale comme quelque chose d’accompli,

⁹⁵P. VEYNE, *Comment on écrit l’histoire*, Paris, Éditions du Seuil, 1978, p. 398.

⁹⁶*Id.*

⁹⁷*Ibid.*, p. 400.

⁹⁸*Ibid.*, p. 400-401.

d'indépendamment résolu, la formule « *lex injusta non est lex* » ne pouvait plus être compréhensible. Leur première réaction ne pouvait être que la corriger, remettre les choses dans l'ordre tel qu'ils le concevaient. Il n'y a donc jamais eu de prise de position bien argumentée et explicitement opposée à ce contre quoi ils se défendaient ; ils le voyaient tout simplement comme une faute au lieu d'une différence. Il faut plutôt dire que chez les utilitaristes, il y a sûrement l'idée de la séparation du droit de la morale, mais il n'y a pas de « thèse » de séparation⁹⁹. On peut trouver des indices indirects à travers leurs écrits : chez Bentham, les propos qui semblent être portés sur ce sujet se trouvent soit en plein milieu du texte et fonctionnent comme un rappel ou une précision¹⁰⁰, soit un peu plus loin du début du texte et servent d'évidence logique qu'il suffit de postuler avant que ne soit déployé le vrai projet, comme le passage sur l'exposant et le censeur dans *A Fragment on Government* que nous avons exposé dans la section précédente. Chez Austin, la fameuse phrase distinguant l'existence et le mérite du droit se trouve dans une note en fin de chapitre dans l'avant dernier de ses six premiers séminaires à Londres publiés sous le titre « *The Province of Jurisprudence Determined* ». Ils auraient dû inaugurer leurs ouvrages par cela s'il s'était vraiment agi d'une « thèse » qui les aurait distingués désormais de l'ancien paradigme, et en faire une proposition dont ils auraient composé tout un livre pour la démontrer, comme ce que font les positivistes contemporains. Mais cela n'a pas été le cas. C'est une thèse qui, pour eux, n'en était pas une car l'idée même qu'il puisse y avoir un doute à ce propos les aurait dépassés.

Avec l'évidence de la séparation de l'être du devoir être, allait de pair la question du concept de droit qui paraissait toute naturelle à se poser, à tel point que, bien qu'il ne

⁹⁹ Stone fait la même analyse au sujet d'Austin : « Legal Positivism as an Idea of Morality », *op. cit.*, p. 326.

¹⁰⁰ Un exemple peut se trouver dans « Preparatory Principles : Introduction », un texte constitué du regroupement des notes destinées à cerner la définition du droit à partir de la notion de commandement. Dans un passage où Bentham définit très brièvement l'État en tant que groupe de personnes ayant l'habitude d'obéir aux ordres qui leur sont imposées, il se sent obligé d'expliquer pourquoi il le définit par ce caractère impératif et non pas à partir de la notion de « liberté ». Il précise dans une note de bas de page : « This Definition will not easily go down at first with men whose affections are warm on the side of liberty. To such it will be apt to give at least a momentary shock. To these, all I can say is to request them to suspend their censure till they have proceeded a little further. They will be apt to tell me that this is a definition of a slavish state, and of no other. But my notion is that what is called Liberty in a state, does not depend upon any circumstance that will take it out of this definition. For the present, let them be assured, that Slavery will find no advocate in me. But this definition is the most extensive I could devise: and is framed to include one state as well [as] another: well-governed or ill-governed, and whether by Laws or without them. It is my care throughout to keep distinct, by every attention possible, those two ideas so apt to be confounded, the idea of what *is*, from the idea of what *ought to be*. » « Preparatory Principles : Introduction », dans D. G. Long et P. Schofield (éd.), *Preparatory Principles*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2016, p. 434

fût pas facile de trouver la réponse, celle-ci était envisagée comme une chose sûre au regard de la méthode scientifique. Car, même si la *jurisprudence* de l'exposant telle que Bentham l'a conçue était encore en friche à ses yeux, théoriquement, il suffisait de bien modeler ses éléments pour les rendre applicables conformément aux prescriptions du principe d'utilité, seul capable d'aboutir à la réponse propre à chaque situation pratique. Ainsi, contrairement à ce qu'estime Stone — voici la modification que nous voudrions apporter —, le Bentham positiviste peut sembler aussi mal comprendre que les contemporains le régime du droit naturel, lequel, ne portant pas la même configuration du droit et de la morale, ne partageait pas la même problématique suscitant des réflexions consacrées spécifiquement à la définition générale du droit. On ne manque pas de voir dans certains de ses écrits l'étonnement face à cette absence tout au long de l'histoire depuis que les hommes ont créé le droit, étonnement semblable à celui des positivistes contemporains quand ils se retrouvent toujours en train d'essayer de répondre à la même question : « Qu'est-ce que le droit ? ». Dans le groupe de manuscrits qui est aujourd'hui publié sous le titre *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, l'ouvrage constituant l'une des pièces essentielles de son projet d'élaboration d'un code pénal et dans lequel une définition du droit a été formellement proposée — qui en réalité devrait être comprise en tant que définition d'« une loi » ; nous y reviendrons plus tard — Bentham a mis ces mots dans une note de bas de page placée dans la première section s'ouvrant sur les problématiques que l'ouvrage entier essaie de résoudre :

Pour quelqu'un qui est novice en ce sujet, les questions abordées dans ce texte sembleront naturellement être le b.a.-ba même de la Jurisprudence. Il se dirait qu'elles ont déjà dû connaître une solution complète et satisfaisante, qu'il serait donc futile d'en dire quoi que ce soit, et impossible d'en dire quelque chose de nouveau. Tant d'années ont été dédiées à l'étude des lois, tant d'écrits qui rempliraient des bibliothèques leur ont été consacrés, comment ne pas savoir encore ce qu'est une loi ? Tellement de lois ont été créées, et l'on ne sait pas de quels éléments elles sont composées ? Incroyable. Et pourtant, rien n'est plus vrai. Si un homme veut écrire dans un but quelconque, il doit l'entreprendre *ab ovo* — je ne vois aucune source possible à sa disposition. Il doit créer lui-même ce dont il veut se servir.¹⁰¹

¹⁰¹ J. BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, P. Schofield (éd.), Oxford, New York, Oxford University Press, 2010, p. 21. Le même passage apparaît aussi dans le dernier chapitre de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 299. L'histoire entre ces deux ouvrages sera expliquée dans le Chapitre suivant.

Bentham ne se disait pas : « Puisque nous avons désormais un nouveau projet, nous allons créer une toute nouvelle méthode pour définir le droit. » Il s'est dit : « Le projet qu'il faut à l'humanité depuis toujours ayant enfin été compris (grâce au principe de l'utilité), il convient de débarrasser la science juridique des idées erronées qui l'encombrent et de rétablir les fondements pour faire décoller le projet. » Ainsi, il se considérait simplement comme un des premiers qui ont compris le jeu, et non pas comme un de ceux qui l'ont changé, qui ont posé une nouvelle question qui a fait que l'ancienne n'avait plus de sens. Il ne voyait pas ce qu'il y avait de nouveau, ou, pour reprendre le terme de Foucault, de *rare*, dans sa manière de penser le rapport du droit à la morale, à part être l'un des premiers à l'avoir clairement discerné. Sa conviction du principe d'utilité l'empêchait de voir ce qui était véritablement révolutionnaire dans ce qu'il pensait de ce rapport, et qui allait devenir, plus tard, la thèse de séparation ; car, de son point de vue, cela allait de soi. Paradoxalement donc, le manque de justification dans ses écrits serait la meilleure justification de la véritable signification de la thèse de séparation que propose Stone.

C'est justement ce mélange de la conscience et de l'ignorance de sa propre place dans l'histoire de la science du droit qui a constitué à la fois la réalité qu'il a lui-même projetée et son point de départ. « L'idée de Loi n'a jamais été tranchée précisément [...] Mon projet n'est donc pas de rappeler aux lecteurs ce que l'on entend par une Loi — car rien de certain n'a jamais été signifié par le mot 'Loi' — mais de déclarer ce que l'on *doit* entendre par une Loi. »¹⁰² Sans s'apercevoir de l'innovation que pouvait apporter cette idée de distinguer nettement l'être et le devoir-être du droit, Bentham s'est retrouvé, pourtant très consciemment, dans la tâche difficile de définir le droit, qui s'est avérée beaucoup plus délicate qu'il ne l'aurait imaginé — nous développerons ce point dans le Titre suivant. Néanmoins, grâce à sa conviction de l'utilitarisme et sa détermination à construire un régime juridique pleinement codifié, il avait beau devoir se battre, il avançait toujours ; il n'avait surtout pas à se tourmenter de l'inextricable relation entre ce qu'est et ce que doit être le droit, comme le connaissent les positivistes contemporains. Une notion de droit à la fois positivement

¹⁰² J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Introduction », *op. cit.*, p. 431-432.

structurée et connotée à l'usage utilitariste était la dernière chose qui le gênait. Il allait être le premier après Hobbes à définir le concept de droit non à partir de sa valeur, mais de sa formule et de sa source de validité¹⁰³ ; et le premier tout court à prétendre le faire de manière complète, c'est-à-dire rendre compte de **tous** les éléments — de l'abstrait au concret, du tout au particulier, du principe à l'exception ; bref, de tous les aspects — dont **idéalement, devrait** se composer **une loi** entière. Et par là, en rassemblant toutes les lois qui devraient être, on arriverait à **ce qu'idéalement doit être** l'univers du droit. Positiviste, certes, mais pas seulement pour le concept de droit, mais aussi et surtout pour le concept de devoir-être du droit.

Nous tenons à signaler que même un discours positiviste contient toujours un discours implicite de valeur, qui traduit la proposition « le droit est... » en « le droit devrait être compris comme... », laquelle renvoie à un objectif caché (la raison pour laquelle le droit devrait être ainsi compris) qui est en réalité la condition sous laquelle la première proposition a pu avoir lieu d'être. Cette **valeur scientifique** qui relie la valeur substantielle (une extériorité intervenant dans le cadre scientifique en question) et la réalité (objet d'étude qui est lui-même déterminé par le schéma scientifique) et qui donne un sens à cette entreprise de « connaître » l'objet d'étude, se présente très clairement chez Bentham qui revendiquait dès le début l'ambition de réformer scientifiquement la vie morale. Il nous semble qu'il est temps de nous débarrasser de la dichotomie simpliste voire trompeuse d'« être / devoir-être », et de présenter notre utilitariste et sa façon de définir le droit en ses propres termes.

¹⁰³ « ...the Statutes were made by Authority, and not drawn from any other Principles than the care of the safety of the People. Statutes are not Philosophy as is the Common-Law, and other disputable Arts, but are Commands, or Prohibitions which ought to be obeyed, because Assented to by Submission made to the Conqueror here in England, and to whosoever had the Sovereign Power in other Common wealths; so that the Positive Laws of all Places are Statutes. » T. HOBBS, « A Dialogue between a Philosopher and a Student, of the Common Laws of England », dans *Writings on Common Law and Hereditary Right*, Oxford, Oxford University Press, 2005, vol. 11, p. 29. L'idée similaire sur la notion de droit se trouve aussi dans *The Elements of Law XXIX, De Cive XIV*, et *Leviathan XXVI*. Voir T. HOBBS, *The Three-Text Edition of Thomas Hobbes's Political Theory: The Elements of Law, De Cive and Leviathan*, D. Baumgold (éd.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 372-375. Conceptuellement, Bentham suit la définition de Hobbes en désignant le droit comme essentiellement les commandements délivrés par la souveraineté. Mais comme son projet consiste en des réformes concrètes, cette définition philosophique est loin d'être suffisant et il poursuit à développer, à partir de la notion de commandement, la composition complète d'une loi. Nous y reviendrons dans le Titre suivant.

Titre 2 DÉFINIR LE DROIT POUR ÉLABORER LES LOIS

Chapitre 1 L’histoire d’un texte redécouvert

Section 1 L’aventure éditoriale des deux textes

Une définition de la loi, composante principale d’un système de droit, est donnée par Bentham en 1780, dans un ensemble de manuscrits qui aurait dû être publié comme une œuvre à part entière, laquelle n’a finalement pas vu le jour à son époque :

§3 De la loi et de ses parties (*Of a Law and its parts*)

Une loi peut être définie en tant qu’assemblage de signes déclaratifs d’une volition conçue ou adoptée par le souverain dans un Etat, concernant la conduite à observer en un certain cas par une certaine personne ou classe de personnes, qui dans le cas en question sont [effectivement] ou sont supposées être [les] sujets de ce pouvoir. Une telle volition repose pour son accomplissement sur l’espérance de certains événements dont on entend qu’une telle déclaration devrait, le moment venu, constituer un moyen de [les] provoquer, et de la perspective desquels on entend qu’elle devrait agir comme un motif sur ceux dont la conduite est en question.¹⁰⁴

Ce passage se trouve tout au début de la troisième section des manuscrits regroupés sous le titre *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (désormais « *Limits* »). L’ouvrage était, malgré son caractère complet et indépendant tel qu’il a été conçu plus tard par Bentham, originellement une continuation de son *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (désormais « *IPML* ») — deux premières sections de *Limits* sont apparus dans *IPML*, en tant que dernier chapitre, le chapitre XVII, de celui-ci. En effet, l’ensemble des matériaux dont *Limits* est composé était originellement prévu pour constituer ce chapitre XVII. Or, quand l’impression de *IPML*

¹⁰⁴ J. BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 24. Passage traduit par Guillaume Tusseau, dans *Jeremy Bentham : la guerre des mots*, Paris, Dalloz, 2011, p. 111-112.

était en cours en novembre 1780, Bentham travaillait encore à terminer ce dernier chapitre. Il a donc demandé l'interruption de l'impression, laquelle avait déjà progressé jusqu'à la deuxième section du chapitre.¹⁰⁵ Plusieurs références notées par le terme « *Limits* », qui font références à des parties que l'on ne voyait pas encore à l'époque, c'est-à-dire des parties non imprimées, se trouvent dans d'autres chapitres de *IPML*, ce qui indique que le corps principal du chapitre n'a pas été composé après l'impression en 1780. Il existe par ailleurs d'autres indices dans les manuscrits de *Limits* qui montrent que certains matériaux supplémentaires ont été ajoutés en 1782.¹⁰⁶ Une table des matières qui a été probablement composée en 1782 marque l'évolution de la manière dont Bentham concevait la présentation du texte : au fur et à mesure que la rédaction s'étoffait, les sections du chapitre XVII ont été elles-mêmes promues en chapitres qui poursuivaient celui-ci, avant de devenir finalement les chapitres d'un ouvrage séparé, en commençant une nouvelle numérotation. L'idée de le présenter séparément semble avoir été conçue à ce moment-là.¹⁰⁷

Pour que le lecteur comprenne qu'il s'agit ici d'un entremêlement de l'histoire éditoriale et de l'histoire interprétative d'un texte tel que l'une peut être révélatrice de l'autre, il convient d'expliquer très brièvement pour le moment comment a surgi la problématique qui a conduit Bentham à définir la notion de loi de cette manière. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* était originellement l'un des résultats d'un projet consistant à proposer une introduction pour un code pénal que Bentham espérait, à l'achèvement des préparations et des constructions théoriques, pouvoir rédiger *in terminis*.¹⁰⁸ Fondé sur le principe d'utilité, l'ouvrage déployait les mécanismes naturels et universels dirigeant les comportements humains, qui par là-même désignaient les règles morales, conformément auxquelles le système juridique devait se construire. Vers la fin de cette partie de travail, c'est-à-dire lorsqu'il est arrivé au chapitre XVII, Bentham s'est posé la question de savoir comment distinguer la branche pénale du droit de la branche civile¹⁰⁹ — question qu'il reformulerait plus tard, vu la conclusion à laquelle il arriverait, en termes de distinction entre les éléments

¹⁰⁵ Introduction éditoriale de *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. xviii.

¹⁰⁶ Introduction éditoriale de *Ibid.*, p. xi-xii.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. xiv-xv.

¹⁰⁸ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 281.

pénaux et les éléments civils qui pouvaient se trouver tous les deux dans une seule loi. D'où le titre de ce dernier chapitre de *IPML*, « *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* ». Bentham déclarait au début du chapitre que, pour répondre à cette question, il fallait d'abord établir les parties composantes d'une seule loi, même si ce détour pouvait à la première vue paraître sans rapport nécessaire avec la question.¹¹⁰ C'est ainsi qu'il a entamé, à partir de la troisième section du chapitre, une minutieuse étude sur les différents aspects d'une loi, ce qui l'a mené à résumer la définition de la loi d'une manière formelle et analytique que nous avons vue plus tôt. Le texte de *Limits* est justement le résultat de cette étude. Ce qui nous occupera est la place de cette problématique de la définition de la loi dans l'ensemble du projet de Bentham, et son rapport vis-à-vis des autres parties du projet. Nous y reviendrons.

Revenons en 1782. C'est avec le travail du chapitre XVII, devenu alors *Limits* — à titre séparé —, que Bentham s'est aperçu des défauts qui, de son propre aveu, « imprègnent la masse entière »¹¹¹ de *IPML*.¹¹² La publication de *IPML* a donc été suspendue, et un examen dans le but d'entreprendre des modifications a été lancé, jusqu'à ce que son insatisfaction envers son propre ouvrage se soit amplifiée en même temps que les modifications nécessaires risquaient de conduire à une réécriture complète. Faute de temps et d'ardeur, la publication, dont la suspension devait être temporaire, a été reportée *sine die*. Ce n'est qu'en 1789, pour répondre au besoin de créer une référence sur laquelle ses autres travaux réalisés entre-temps pourraient s'appuyer, qu'il a décidé, malgré sa réticence, de publier ce texte qui, parmi tous ses écrits réalisés jusque-là, était le seul à démontrer le principe d'utilité d'une manière aussi systématique. Les copies imprimées en 1780 n'étaient finalement pas perdues. Le fameux *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* a donc vu le jour tel quel, à l'exception d'une préface et d'une « *Concluding Note* » que Bentham avait ajoutées la veille de sa publication.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 282.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 1.

¹¹² « Allusion was made, at the outset of this advertisement, to some unspecified difficulties, as the causes of the original suspension, and unfinished complexion, of the present work. [...] The discovery of them was produced by the attempt to solve the questions that will be found at the conclusion of the volume: Wherein consisted the identity and completeness of a law? What the distinction, and where the separation, between a penal and a civil law? What the distinction, and where the separation, between the penal and other branches of the law? » (*Ibid.*, p. 7, 8)

La préface avait pour but d'expliquer l'aventure du texte comme résumée ci-dessus, ses défauts, ses valeurs, et les modifications que Bentham aurait voulu faire, si les circonstances lui avaient été possibles. Il semble qu'au cours des années de suspension, et au plus tard avant le moment où il rédigeait cette préface, Bentham était arrivé à une nouvelle conception de ce texte. Originellement réalisé dans la perspective de préparer un code pénal, il était à ce moment-là perçu par Bentham comme comprenant des thèmes plus généraux encore dont il était clair que la portée dépasserait le plan originel : au lieu d'être une introduction d'un code pénal, le texte devait être présenté en tant qu'introduction **des principes** de législation, cette fois-ci non limitée aux matières pénales, mais de toutes les branches d'un système juridique complet. Cette nouvelle conception a été bien exprimée par le titre sous lequel le texte a été publié et auquel Bentham faisait plusieurs fois référence par « *the present title* »¹¹³. Après des années de réflexion donc, Bentham en est venu à voir plus concrètement la quantité de travail qu'il fallait pour parvenir, depuis le principe d'utilité, à un code *in terminis*. Ainsi, dans la même préface, Bentham a également présenté un plan complet de son nouveau dessein, plan ambitieux dont le présent texte, compte tenu même des modifications et de nouveaux arrangements que Bentham aurait voulu faire eu égard à sa nouvelle conception du texte, ne pouvait que constituer une préparation préliminaire.¹¹⁴

D'un autre côté, la « *Concluding Note* », placée directement après la deuxième section du dernier chapitre, a commencé en expliquant que les parties suivantes prévues pour compléter le chapitre n'y seraient pas présentées, car pour que cela soit fait d'une manière satisfaisante, il leur faudrait un volume entier. La note avait donc pour but de donner un aperçu de ce en quoi devrait consister la tâche du volume en question.¹¹⁵ Il s'avère que, maintenant on le sait, cette note était un résumé très succinct mais compact de ce qui est contenu dans *Limits*. Ainsi, même si à l'époque on ne connaissait pas

¹¹³ *Ibid.*, p. 1 Même si, comme Bentham l'a expliqué plus loin dans la même préface, le travail présenté manquait aussi d'épuiser les thèmes proposés pour être à la hauteur de son titre. Voir *Ibid.*, p. 2-5.

¹¹⁴ Le plan contenait neuf parties qui traiteraient des principes de législation en matière, respectivement, du droit civil, du droit pénal, du droit procédural, de la récompense (à l'opposé de punition qui représentait pour Bentham le prototype de la composante principale d'une loi), du droit constitutionnel, des institutions constitutionnelles, du droit international, des finances, et de l'économie politique. La dixième et dernière partie consistait à élaborer la structure d'un corps entier du droit comprenant toutes ses branches, y compris la méthode et les terminologies que l'on pouvait classifier dans la catégorie de jurisprudence universelle. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 301-311.

encore l'existence du texte de *Limits*, on savait déjà qu'un tel travail existait chez Bentham, et que c'était bien ce en quoi le chapitre XVII aurait pu consister.

Ce faisant, Bentham a mis à profit autant que possible le résultat de son travail achevé neuf ans plus tôt, en espérant que les valeurs de son fond l'emportent sur les défauts de sa forme. D'autres matériaux composés dans le continuum d'*IPML*, sans doute faute de l'avantage d'être un ouvrage porté sur les idées fondamentales comme celui-ci, lequel était en plus déjà imprimé, n'ont peut-être pas été à la hauteur des exigences de l'auteur, plus élevées encore à la lumière de son regard rétroactif. Alors, le texte entier de *Limits*, à l'exception des deux premières sections, a été oublié dans la masse de ses manuscrits.

Section 2 « *Limits* » : appellation, qualification, enjeu

Cette définition de la loi n'avait donc pas été connue du public avant sa mise au jour en 1945 seulement, par Charles Warren Everett qui, ayant « découvert » et reconnu le texte dans les *Bentham Papers* conservés dans la bibliothèque de l'Université College de Londres, a publié la majorité de ces manuscrits sous le titre *The Limits of Jurisprudence Defined : Being Part Two of An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*¹¹⁶. Pour Hart qui en a fait une deuxième édition en 1970, ces matériaux consacrés aux questions fondamentales sur les différents aspects d'une loi conceptuellement et synthétiquement entendue, devaient faire figure de preuve fraîchement déterrée qui témoigne et renforce le bien-fondé d'une tradition longtemps représentée par le travail de Austin : « Son originalité et sa puissance en font certainement l'une des plus grandes contributions de Bentham à la jurisprudence analytique, et je pense qu'il est clair que, s'il avait été publié de son vivant, il aurait été l'ouvrage qui aurait dominé la jurisprudence anglaise, plutôt que le travail de Austin qui lui est postérieur et qui manifestement en dérive ; et que la jurisprudence analytique aurait, non seulement en Angleterre, progressé bien plus rapidement et se serait

¹¹⁶ J. BENTHAM, *The Limits of Jurisprudence Defined: Being Part Two of An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, C. W. Everett (éd.), New York, Columbia University Press, 1945.

diversifiée de manière plus fertile que cela le fut depuis l'époque de Bentham. »¹¹⁷ En effet, rien que le titre de la version de Everett fait penser à l'ouvrage de Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*. Dans une vision positiviste post-austinienne, il est sans doute naturel de les classer tous les deux dans une même catégorie : le positivisme classique de Austin semble dès lors pouvoir mieux s'expliquer en tant qu'accomplissement d'une originalité dont il n'est pas lui-même l'auteur, en même temps que Bentham est devenu le véritable précurseur, dans la mesure où son positivisme est considéré à partir du modèle dont la forme paradigmatique se trouve dans l'approche de Austin.

Le même Hart a pourtant signalé que le titre accordé par Everett n'était pas fondé. On ne trouve nulle part, ni dans les passages ni dans les plans, la phrase « *The Limits of Jurisprudence Defined* ». Ce titre, d'après Hart, ne couvrait pas la portée de cette œuvre, et il était d'ailleurs « regrettable » (*unfortunate*) qu'il revêtît une telle similarité avec le titre des séminaires de Austin.¹¹⁸ Ce dernier point semblait se rapporter non pas au fond mais à la forme de cette publication, exprimant la considération pour l'originalité dont l'œuvre devait se voir dotée. Tout en affirmant que, si la publication avait eu lieu selon le plan originel et à l'époque de Bentham, l'ouvrage aurait été intitulé « *The Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* » — dérivant du titre du chapitre XVII de *IPML* —, Hart a préféré le baptiser « *Of Laws in General* ». Il a justifié son choix en faisant référence à un document contenant la table des matières évoquée ci-dessus, intitulé « *Of Laws in General. Table of the Chapters* ». Il considérait d'ailleurs que ce titre s'avérait « entièrement approprié à un volume qui, comme l'a dit Bentham, avait pour but de répondre aux questions : "Quel genre de chose est *une* loi ?"¹¹⁹, "Quelles sont les propriétés que l'on peut trouver dans tous les objets qui peuvent recevoir, avec convenance, l'appellation d'*une* loi ?"¹²⁰; et de "fournir un peu de lumière sur la structure et le contenu d'un corps des lois complet", et de servir "d'introduction aux principes de législation en général". »¹²¹

¹¹⁷ H. L. A. HART, *Essays on Bentham : Jurisprudence and Political Theory*, *op. cit.*, p. 108.

¹¹⁸ *Of Laws in General*, H. L. A. Hart (éd.), London, University of London, Athlone Press, 1970, p. XXXIV.

¹¹⁹ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 288 ; ou du même, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 3.

¹²⁰ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 299-300 ; ou du même, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 23.

¹²¹ Introduction éditoriale de *Of Laws in General*, *op. cit.*, p. XXXIV.

Philip Schofield, l'éditeur de la troisième édition (2010) du même texte — laquelle, sous la décision de la *Bentham Committee*, remplace celle de Hart dans la collection *The Collected Works of Jeremy Bentham* —, signale que le choix de Hart est également susceptible d'être contesté. D'après Schofield, la table des matières rédigée en 1782 énumère plusieurs textes que Bentham, toujours dans la perspective de compléter l'introduction pour un code pénal, avait projeté de rédiger ou avait commencé à rédiger, et qui devaient, tout comme *Limits*, être publiés chacun à titre séparé selon le plan à l'époque ; les chapitres composant *Limits* ne font qu'une partie de cette liste. « *Of Laws in General* » désigne donc ce regroupement de plusieurs textes, il devrait être pris en tant que titre qui dénomme une série des textes, et non pas l'un d'eux.¹²² Si cet argument basé sur la forme suffit à réfuter le choix de Hart, l'autre basé sur le fond en dit long sur la probable raison pour laquelle ce choix a été fait en dépit de ces indices textuels : le centre d'intérêt du texte est d'analyser la composition formelle d'une seule loi, afin de déterminer la distinction entre la partie pénale et la partie civile d'une loi, et non pas, comme le titre de Hart l'aurait suggéré, une analyse portée sur les questions générales de la notion de loi. Schofield ne l'a pas formulé comme suit quand il souligne la différence entre « *a law* » de Bentham et « *laws* » de Hart¹²³, mais la signification peut en être inférée : il ne s'agit pas, bien évidemment, de la différence entre le singulier et le pluriel, laquelle n'aurait rien changé à la méthode analytique qu'employait Bentham, et que Hart a lui-même parfaitement saisie ; il s'agit de la différence entre *laws* en tant que dispositifs concrets, calculables et comparables, et *laws*, le pluriel qui transmet une idée générale, notion qui fait l'objet des analyses générales. Quand Hart a fait la liaison entre son titre et la problématique de Bentham consistant à individualiser une unité de loi¹²⁴, il semblait justement entendre « *laws* » — et à ce titre, « *a law* » également, car que ce soit singulier ou pluriel, la différence n'a plus d'importance lorsque l'objet est saisi dans l'abstraction — dans ce deuxième sens du terme. Compte tenu de la manière dont il qualifiait l'œuvre en question de

¹²² Introduction éditoriale de *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. xiii-xiv.

¹²³ *Ibid.*, p. xiii.

¹²⁴ Hart relie la méthode de Bentham à ce que les logiciens modernes appellent « the problem of individuation ». Il signale que Bentham a lui-même utilisé le terme « *individuation* » en parlant de l'opération de la définition d'une loi dans l'une des plus anciennes versions du texte, ainsi que dans une lettre dans laquelle il exposait le même thème. Voir *Of Laws in General*, *op. cit.*, p. XXXIV.

véritable prototype de la jurisprudence analytique contemporaine, consistant à manifester le droit par ses caractères universels, donc un droit général et hors contexte, « *Of Laws in General* » ainsi entendu rappelle presque « *The Concept of Law* », titre de l'ouvrage qui a fait de Hart l'un des représentants par excellence du positivisme juridique contemporain. Or, aussi identique que l'objet-loi puisse paraître chez l'un comme chez l'autre, les problèmes de Bentham à partir desquels cet objet en est venu à occuper le point focal de son étude, s'orientaient toujours vers la réalisation de son projet : structurer et réglementer la vie morale avec de nouvelles institutions juridiques parfaitement théorisées et codifiées. Son objet-loi portait donc une utilité particulière, qui n'était pas uniquement celle de clarté théorique. Nous soutenons que cela seul — c'est-à-dire une différence dans la perspective de ce en quoi consiste le but de la science — suffit à faire concevoir un objet différent. Nous y reviendrons.

Un autre point important dans l'histoire éditoriale du texte attire notre attention, lequel concerne, encore une fois, non seulement la présentation du texte, mais aussi la place des problématiques de *Limits* dans la pensée de Bentham — des façons différentes de positionner cet ouvrage impliquent des nuances dans la compréhension de son thème. Parmi les trois éditions du texte de *Limits*, il n'y a que celle de Schofield qui présente les deux premières sections qui étaient déjà apparues dans *IPML* deux siècles plus tôt. L'omission est assez compréhensible, quoique contestable, dans le choix de Everett : celui-ci a reconnu et a présenté le texte en tant que deuxième partie de *IPML*, ce qui a été exprimé dans son titre. Il n'y avait en effet pas de raison de répéter des paragraphes si l'objectif était de continuer et de compléter la série. Or, comme nous l'avons exposé ci-dessus, tout en considérant le travail de *Limits* comme une continuation de *IPML*, Bentham avait conçu le texte en tant qu'ouvrage séparé en 1782. L'édition de Everett est principalement reprochable du fait que cette décision n'a pas été prise en compte, mais reste juste quant à la reconnaissance du rapport existant entre les deux textes en question. En revanche, l'édition de Schofield reflète un effort de reconstruire la conception du texte par Bentham à ce moment-là, et cherche à minimiser le niveau d'intervention éditoriale dans la reconstruction (le titre du chapitre XVII de *IPML* a été retenu en tant que titre de l'ouvrage ; les deux premières sections sont présentées en tant que parties inséparables ; les divisions se font en sections, tel qu'il est le cas dans

les manuscrits, et non pas en chapitres)¹²⁵. « Reconstruire », et non pas « réaliser » ; car dans son introduction éditoriale, Schofield est de l'avis que Bentham avait abandonné le projet de l'introduction pour un code pénal tout entier, *Limits* inclus.¹²⁶ Il pense effectivement que si les chapitres de *IPML* n'avaient pas déjà été imprimés, celui-ci n'aurait pas non plus été publié avec son accord.¹²⁷ Autrement dit, s'il fallait vraiment réaliser la volonté de Bentham, *Limits* ne devrait pas voir le jour. Cette édition représente donc un fragment des pensées de Bentham à un certain moment, où les idées constituant le texte venaient d'être dégagées et de former un thème cohérent ; sans pour autant aller jusqu'à supposer, à la place de Bentham, comment la série de l'introduction aurait pu être complétée selon le plan de l'époque.¹²⁸

Le choix de Hart sur cette question paraît, par rapport aux deux autres éditeurs, moins compréhensible. Tout en étant le premier à affirmer que le texte avait, au fil de sa

¹²⁵ Voir l'introduction éditoriale de *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. xv, xviii.

¹²⁶ *Ibid.*, p. xxxiv-xxxv. D'après Schofield, c'est même à cause du fait que Bentham n'était pas satisfait des réponses qu'il avait données dans *Limits* qu'il avait abandonné son introduction en entier. Nous pensons pourtant que cet avis mérite d'être précisé ou nuancé. Bentham avait peut-être abandonné la publication et de *IPML* et de *Limits* (vu la circonstance dans laquelle le premier avait été publié, cette publication n'avait pas amorti cette volonté), mais ceci est-il dû au fait qu'il avait abandonné les idées qu'il s'était retrouvées dans son travail de *Limits* ? Dans la préface de *IPML*, Bentham avait certes parlé de son « échec » à réaliser son projet (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 8). Néanmoins, les regrets qu'il avait cités résidaient principalement dans ce que le résultat n'était pas à la hauteur de ce que le titre indiquait comme objectif (*Ibid.*, p. 3, 4), ou que l'étendue de l'entreprise dans laquelle il s'était engagé s'était plus tard avéré, avec ses pensées plus matures, trop énorme à maîtriser (*Ibid.*, p. 8-10). La présentation, l'organisation, la portée, voire les idées contenues dans ces deux textes n'étaient certes pas satisfaisant pour qu'ils soient présentés au public tels quels, il n'est pas dit que les idées elles-mêmes étaient considérées par Bentham comme fautives ou issues d'une direction qu'il fallait abandonner. La « *Concluding Note* » qui résume les idées de *Limits* et que Bentham avait ajouté au même moment que la préface aurait été pour le moins inexplicable si celles-là avaient vraiment été abandonnées par Bentham.

¹²⁷ *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. xxxv. Dans la préface de *IPML*, Bentham a fait mention d'une autre raison pour laquelle il se sentait partiellement obligé de le publier sous quelque forme que ce soit : des copies circulaient déjà parmi des personnes de son milieu ou au-delà, et il y avait des extraits publiés sous son nom mais sans qu'il en soit au courant. (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 2.)

¹²⁸ « Aurait pu » est encore un terme trop fort. Dans une lettre adressée au baron Ashburton en 1782, Bentham considérait effectivement la possibilité de publier *Limits* avec un autre texte qu'il projetait à l'époque, *Corpus Juris*, en un seul volume séparé, sans inclure les deux premières sections. Mais cette idée était conçue dans un contexte où la publication de toute la série de l'introduction était encore en perspective, en même temps que les deux premières sections de *Limits* avaient déjà été imprimées en tant que dernière partie de *IPML*, et que ce dernier, malgré ses défauts, ne paraissait pas encore irrécupérable aux yeux de Bentham au point de nécessiter une réorganisation ou une réécriture. (Voir J. BENTHAM, *The Correspondence of Jeremy Bentham*, Ian. R. Christie (éd.), London, UCL Press, 2017, vol. 3, p. 126-127 ; Introduction éditoriale par Schofield, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. xiv.) Se situant à ce moment précis pour reconstruire la pensée de Bentham, on pourrait en effet très bien envisager de continuer la série comme ce qu'a fait Everett ; que les deux sections en question soient à la fin d'un texte ou au début d'un autre, cela n'apporterait pas beaucoup de différence dans la compréhension de chacun des textes qui devraient, en tout état de cause, être lus dans un ensemble. Cependant, au moment où *IPML* avait été publié en 1789, avec les excuses que Bentham nous avait confiées, la légitimité de cette option a été compromise. Car, si vraiment il l'avait pu, il aurait recommencé son projet d'introduction tout entier. Poursuivre le plan de 1782 sous une forme qui n'était plus voulue par Bentham, ce n'est plus une reconstruction de Bentham, mais relève d'une co-création avec lui. Sur cette question, Schofield est de l'opinion que la mention par Bentham en 1782 sur le regroupement des sections sans les deux premières indiquait simplement, à l'époque déjà, que celui-ci constituait la solution aux questions élaborées dans les deux premières sections, et n'impliquait pas que celles-ci ne faisaient pas partir du texte entier. Voir Introduction éditoriale, *Ibid.*, p. xxix.

construction, acquis un statut indépendant,¹²⁹ tout en lui attribuant un titre qui marquait son indépendance par rapport à *IPML*, l'ouvrage dont il avait dérivé, Hart a opté pour l'omission de ces deux sections en question, lesquelles devaient faire partie d'un tout qui, autrement, aurait été difficilement considéré comme indépendant. Pour comprendre l'enjeu de ce problème, il convient d'abord d'expliquer succinctement de quoi il s'agit dans ces deux premières sections.

Au début de la première section, Bentham s'était demandé comment connaître la distinction entre la branche pénale et civile du droit, et il avait ensuite annoncé deux directions pour trouver la réponse : il fallait d'abord connaître les différentes parties d'une seule loi, et ensuite procéder à la distinction des deux branches de la même manière dont on distinguait la science de la législation de celle de l'éthique privée.¹³⁰ Bentham avait commencé par ce dernier point, concernant la méthode de distinction, auquel était consacrée la première section, intitulée de ce fait « *Limits between private ethics and the art of legislation* ». À la fin de cette section, Bentham suggérait que, muni d'une bonne méthode, il pouvait dès lors procéder à la démonstration de la distinction dont il était question. Mais aussitôt il se proposait de faire d'abord une parenthèse sur les différentes manières de diviser la *jurisprudence*, ce qui pouvait être bénéfique pour mieux saisir la question.¹³¹ Ainsi avait commencé la deuxième section, intitulée « *Jurisprudence, its branches* ». Il faut parcourir jusqu'à la dernière partie de celle-ci pour comprendre d'où venait l'idée d'insérer cette section qui n'avait visiblement pas de lien direct avec la question du début : la distinction entre la branche pénale et la branche civile du droit n'en était qu'une parmi les cinq manières de diviser la *jurisprudence* que Bentham avait énumérées.¹³² On comprend donc que, tout comme la première section, cette démarche était réalisée dans le but de mieux cerner la nature de la question qui préoccupait Bentham à ce moment-là. Toutes les deux, néanmoins, semblent plus comme des travaux préparatoires par rapport aux 13 sections suivantes qui traitent chacune une composante ou un aspect de la loi (sections 3-15), avant de passer par la notion d'« une loi complète » (section 16, 17), pour enfin parvenir

¹²⁹ Introduction éditoriale par Hart dans *Of Laws in General*, *op. cit.*, p. XXXII ; Introduction éditoriale par Schofield dans *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. xiv.

¹³⁰ *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 3.

¹³¹ *Ibid.*, p. 15.

¹³² *Ibid.*, p. 21-23.

progressivement à la réponse finale (section 18-20). Le texte se termine avec une discussion sur l'utilité de ces travaux (section 21).

Nous ne sommes pas en mesure de déterminer la véritable raison qui a poussé Hart d'omettre les deux premières sections. Sans doute ne pensait-il pas non plus qu'il y ait besoin d'une raison particulière, puisqu'une seule phrase a été accordée pour l'expliquer : « Rien n'est cependant obtenu par la répétition du dernier chapitre de [IPML] dans le présent ouvrage, en conséquence de quoi il est omis. »¹³³ Il est en réalité difficile de réfuter une telle décision qui relève aussi bien d'une réaction intuitive que d'une mentalité pragmatique. On peut continuer à condamner, à l'instar de Schofield, cette omission qui va à l'encontre de l'instruction explicite de Bentham, en déclarant que les deux premières sections démontrent le but et la portée du texte entier¹³⁴ ; du point de vue de Hart, rien n'empêche que les lecteurs intéressés, pour avoir une image complète de l'ouvrage, aillent les retrouver dans *IPML* eux-mêmes. En effet, cela peut sembler aller de soi pour Hart d'autant plus que *IPML* a été republié également sous sa direction la même année que son édition de *Limits (Of Laws in General)*. Avec deux ouvrages liés l'un à l'autre sous les yeux dans la même période, la répétition devait paraître encore plus marquée, et son utilité devait naturellement poser des questions.

Il n'empêche que Hart a publié un ensemble de travaux sous le titre « *Of Laws in General* », qui commençait directement par une définition formelle de la loi, sans la partie préalable qui expliquait pourquoi il était question de celle-là à ce stade de raisonnement chez Bentham — tous ces éléments considérés ensemble, il est difficile de ne pas y voir une volonté de présenter la question de la définition de la loi en tant que thème central de l'ouvrage, et non pas celle qui avait en premier lieu déclenché cette interrogation même. D'ailleurs, son explication sur le choix du titre — que « *Of Laws in General* » correspond bien à un ouvrage dont le but était de répondre à la question de savoir ce qu'était une loi — en a déjà dit long sur cette tendance. Une question que nous avons déjà soulevée plus tôt semble nous revenir : compte tenu de

¹³³ Introduction éditoriale par Hart dans *Of Laws in General*, *op. cit.*, p. XXXVI.

¹³⁴ Introduction éditoriale par Schofield dans *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. xviii.

leur différence dans la manière de concevoir le texte, l'un cherchant les frontières du droit pénal et l'autre se focalisant sur le concept de loi développé dans ce même but, quelle est exactement la distance entre ce que Hart entendait de l'objet-loi de Bentham et ce que celui-ci en entendait lui-même ?

Il serait sans doute plus intéressant, et surtout plus adapté à la situation éditoriale et à notre problématique, de penser cette question en passant par une autre : dans quel sens du terme est entendu le mot « indépendance » lorsqu'il s'agit du statut de *Limits* et des idées qui le composent ? Est-il pensable que la question de définir **la forme** de la loi — si nous nous permettons pour le moment de formuler l'objet-loi de Bentham de cette manière — puisse émerger indépendamment du contexte dans lequel il se trouve ? Cette problématique autour de laquelle un ouvrage comme *Limits* gravite, a-t-elle une valeur indépendante dans le sens où son auteur, ou quelque philosophe du droit que ce soit se situant au même stade du développement de la science du droit (admettons que cela soit mesurable), l'aurait rencontrée d'une manière ou d'une autre, que ce soit en cherchant les limites d'une branche de législation ou pour d'autres raisons quelconques, tellement elle possède une nature fondamentale et scientifiquement incontournable ? Poser cette série de questions dans une perspective archéologique, signifie qu'il n'y aura pas une seule réponse, mais autant de réponses qu'il y a de visions de la situation, de méthodes employées pour y répondre et d'objectifs pour lesquels ces questions en sont venues à être posées. Nous pouvons affirmer sans crainte que Hart répondrait positivement à ces questions, car son système scientifique présuppose que le concept de droit en tant qu'objet de la science du droit n'est pas seulement une question objectivement valable, il est même l'ultime enjeu de la science. Dans ce système, différentes réponses sont envisageables, mais elles commenceraient toutes par « Le droit est... » ou « Le droit n'est pas... », car ceci est prédéterminé par la question « Qu'est-ce que le droit ? » qui est aussi **la** question à laquelle il faut répondre. Qu'en serait-il pour Bentham ? Partagerait-il le même système scientifique ? Est-ce que sa définition de la loi est sa manière de dire « Le droit est. » ?

À ce propos, il est intéressant de voir comment, en confirmant tous les deux « l'indépendance » de *Limits*, Hart en a ôté le début, tandis que Bentham avait délibérément fait de celui-ci la dernière partie d'un autre ouvrage. Chacun sa manière de compromettre cette indépendance donc. Cette question dite indépendante sur la définition de la loi étant pourtant inscrite dans la continuité de son projet de réforme, comment devrait-elle être comprise du propre point de vue de Bentham ? Nous allons retourner une fois encore en 1780, en suivant ses réflexions, cette fois-ci non pas sur la présentation des ouvrages, mais sur les questions qui l'y occupaient.

Chapitre 2 Structure épistémologique du modèle benthamien

Section 1 L'utilité et le projet de la codification utilitariste

Il est important de rappeler que Bentham n'est pas l'inventeur de la notion d'utilité. Ceci dit, il s'agit moins de rappeler ce que Bentham doit aux prédécesseurs des Lumières de cette notion — David Hume, Adam Smith, Joseph Priestley, et surtout Beccaria et Helvétius — que de souligner le fait que le thème était symptomatique de l'époque. Ce phénomène de prolifération des réflexions portées sur ce sujet était ancré dans un contexte de recherche d'un nouvel ordre socio-politique, contexte que Christian Laval résume comme suit :

Ce grand moment de l'utilité est un nouage déterminé de tendances que l'on ne fera qu'indiquer brièvement. C'est d'une part, un prolongement de l'œuvre des légistes occidentaux qui ont fourni les catégories principales du politique, et en premier lieu celle du Législateur promoteur de l'utilité publique. C'est la suite de la définition économique donnée à l'utilité publique à partir des XVI^e-XVII^e siècles, spécialement par les auteurs mercantilistes. C'est encore le défi lancé à la réflexion politique par l'émergence massive d'une représentation de l'homme comme « moi intéressé », à la recherche du bonheur. C'est enfin l'exigence largement partagée de constituer un newtonisme moral et politique, à partir du jeu de forces guidant la conduite de l'homme sensible.

Dans un monde sans le Dieu chrétien, un ordre moral et politique est-il possible qui provienne de l'harmonie entre les intérêts des egos ?¹³⁵

Voilà l'enjeu auquel se voient confronter les efforts théoriques formés autour de la notion d'utilité. Le principe d'utilité — plus précisément les associations naturelles des intérêts — est posé à la fois en tant que raison pour laquelle le monde tourne toujours même en l'absence d'une volonté transcendante, et en tant que solution à l'organisation de l'ordre socio-politique dans la mesure où l'homme cherche à la reprendre en main sans qu'il y ait besoin qu'il comprenne vraiment le mécanisme de

¹³⁵ C. LAVAL, *Jeremy Bentham : le pouvoir des fictions*, Paris, Puf, 1994, p. 15. C'est nous qui ajoutons les guillemets.

cette solution. La notion d'utilité s'impose donc à un triple niveau : elle est tout d'abord (1) naturelle — ou plutôt, elle indique, explique, et donne sens à un mécanisme naturel propre à l'homme et à la société — ; de par cette qualité, elle présente un modèle prêt à être emprunté en tant que (2) technique applicable et efficace dont dispose l'homme pour la manipulation ou la création de l'ordre ; d'où la possibilité voire la nécessité pour les théoriciens utilitaristes d'en faire (3) une catégorie impérative, qui dans leurs théories devient la seule source de légitimité. C'est à travers ces trois dimensions que sont déterminées les diverses manières dont les théoriciens conçoivent leur objet brut (que ce soit l'homme, l'économie, ou la morale), ainsi que la forme que prend leur intervention scientifique respective. Ainsi, le savoir construit autour de l'utilité revêt une ambiguïté dès son émergence : il est à la fois une science, un art, et un dispositif. L'homme-individu, le « moi intéressé », étant le fondement ou la matière brute de la connaissance scientifique, le droit, qu'il soit institutionnalisé ou seulement théorisé, critiquable ou souhaitable, ne peut qu'être une catégorie positive, car sa rationalité n'est point innée, mais obtenue / construite qu'à travers cette connaissance. Chargée à la fois de connaître et de manipuler la nature, cette catégorie positive annule même la dichotomie entre le naturel et le positif : parler d'un droit qui n'a aucun lien avec la nature est aussi absurde que supposer un droit dirigé complètement par cette dernière. Le problème, pour un juriste utilitariste, consiste donc aussi bien à saisir la nature — non dans le sens des prédéterminants, mais des propensions — du droit, qu'à savoir comment le postuler. C'est dans ce contexte que Bentham comprend ce qu'il peut apporter à la science juridique, dont la partie la plus en jeu et qui demande le plus d'efforts est pour lui l'art de législation.

En 1780 donc, Bentham a pour projet de composer un code pénal prêt à être adapté à n'importe quel système juridique, et qui serait une parfaite traduction du principe d'utilité. Un plan du code est conçu dans ce cadre, et le texte de *IPML* est réalisé en tant qu'introduction de ce plan, afin d'établir les principes, les mécanismes, et les concepts à partir desquels le code devra se construire. Comme nous l'avons mentionné, Bentham pense, à ce moment-là, qu'au bout de cette préparation théorique, un code *in terminis* pourra en être logiquement dégagé, et qu'il convient de joindre celui-ci après l'introduction et le plan pour accomplir le projet. Il ne prendra conscience que plus tard

de l'ampleur de ce dans quoi il s'est engagé, et le code ne verra finalement jamais le jour.¹³⁶

Cette introduction qui se développera finalement en un volume de plus de trois cents pages (d'après la première édition en 1789), commence bien évidemment par une démonstration approfondie du principe d'utilité (chapitre I), suivie par un plaidoyer le défendant des possibles attaques contestant sa validité (chapitre II). Un passage certes métaphorique mais puissant et pénétrant qui résume la conclusion de cette démonstration, inaugure l'ouvrage :

La nature a placé l'humanité sous le gouvernement de deux maîtres souverains, la douleur et le plaisir. C'est à eux seuls d'indiquer ce que nous devons faire aussi bien que de déterminer ce que nous ferons. À leur trône, sont fixés, d'une part, la norme du bien et du mal, de l'autre, l'enchaînement des causes et des effets. Ils nous gouvernent dans tout ce que nous faisons, dans tout ce que nous disons, dans tout ce que nous pensons : tout effort que nous pouvons faire pour secouer le joug ne servira jamais qu'à le démontrer et à le confirmer. Quelqu'un peut bien prétendre en paroles renier leur empire mais il leur restera en réalité constamment soumis. Le principe d'utilité reconnaît cette sujétion et la tient pour le fondement du système dont l'objet est d'ériger l'édifice de la félicité au moyen de la raison et du droit. Les systèmes qui tentent de le remettre en question font commerce de son plutôt que de sens (*deal in sounds instead of sense*), de caprice plutôt que de raison, d'obscurité plutôt que de lumière.¹³⁷

Dans ce passage qui représente le raisonnement par excellence du Bentham utilitariste, on y trouve tout ce qui relève d'un savoir à multiples propriétés tel que nous venons de décrire : la nature brute — les sensations de la douleur et du plaisir et leurs effets — qui est rationnelle et universelle ; une loi découlant de cette nature, qui à la fois décrit, détermine, et décrète et les faits et les impératifs, et qui ainsi prescrit le standard moral, le seul légitime ; une science — irréfutable puisque tirée d'une loi naturelle et souveraine, systémique puisqu'elle relie les institutions au fondement fait de cette loi — qui est aussi un art, puisqu'y est projeté un objectif qui ne tombe pas du ciel : l'instauration d'une structure garantissant la félicité définie par la notion d'utilité.

¹³⁶ Dans le grand projet de *Pannomium* de Bentham, le seul code qui a été réellement composé et a abouti à la publication est le Code Constitutionnel publié en 1830.

¹³⁷ J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, M. Bozzo-Rey et al. (trad.), Paris, J. Vrin, 2011, p. 25-26.

Ce projet de code pénal de Bentham, entamé dans le contexte des années 1770, peut être considéré comme une tentative de répondre à un enjeu majeur de l'époque concernant la proportion entre les délits et les punitions. Mais à le considérer depuis son propre système théorique, ce n'est pas par hasard que, partant du principe d'utilité, Bentham commence son *Pannomium* par le droit pénal, celui qui régleme directement les conduites humaines et qui donne l'image la plus représentative et la plus explicative de la morale utilitariste. S'agissant de codifier les règles morales, il est l'archétype de toutes les branches juridiques¹³⁸, car il reflète parfaitement la double face du principe : repérer les actions susceptibles d'engendrer les douleurs de toute sorte — douleurs confirmées par un bilan global en prenant en compte tout intérêt individuel et commun — et les réprimer ou les dissuader en recourant au même type d'outils. « La morale des utilitaires, c'est leur psychologie économique mise à l'impératif. », constate Elie Halévy¹³⁹. Un continuum entre la nature humaine et la vie morale, caractéristique de la pensée utilitariste, trouve ainsi sa meilleure expression dans le droit pénal.

D'autres caractéristiques qui, nous le verrons dans le cheminement de Bentham, dessinent la forme générale du droit, en viendront à s'ajouter à la similitude entre le droit pénal et la logique du principe d'utilité. Le fait que le droit devrait se construire

¹³⁸ Dans ses discussions concernant le rapport entre les droits pénal, civil, et constitutionnel, Bentham a exprimé des points de vue différents quant à leur ordre logique. En termes d'exposition de la structure juridique et de la logique formelle articulant ces différentes branches, la branche pénale occupe le rôle principal. C'est ainsi qu'en 1782, quand Bentham évalue l'organisation de son *IPML*, lequel avait été réalisé dans le seul but d'être une introduction aux principes de la législation du droit pénal, mais dont la portée finale donne un aspect plus large permettant de servir d'introduction aux principes de la législation en général, il approuve de nouveau son propre choix d'avoir commencé par le droit pénal, pour sa valeur explicative qui s'avère avantageuse pour les autres branches : « *I had however the satisfaction of finding that which I had thus written would serve as far as it went for an introduction to the principles of legislation in general as well as to the penal branch in particular: and that the branch which I had happen'd to take up first was the very branch which in a natural arrangement would take the lead of the other two and serve best to exhibit the lineaments of the whole. For this being the branch in which those characters of imperation which are essential to everything that bears the name of law were most distinct...* » (J. BENTHAM, *The Correspondence of Jeremy Bentham*, op. cit., p. 124) En revanche, lorsqu'il est question de la perspective de promouvoir la félicité commune, la primauté semble être attribuée au droit civil, car celui-ci dessine, contrairement au droit pénal, de manière positive les objectifs de l'organisation d'un mode de vie commun, dont le droit pénal ne constitue qu'un instrument. Ici, on se place dans le type de rapport qui existe entre moyen et fin. Ainsi Bentham commente lui-même ses propres travaux réalisés dans *IPML* : « *...as an introduction to the principles of legislation in general, it [IPML] ought rather to have included matters belonging exclusively to the civil branch, than matters more particularly applicable to the penal: the latter being but a means of compassing the ends proposed by the former. In preference therefore, or at least in priority, to the several chapters which will be found relative to punishment, it ought to have exhibited a set of propositions which have since presented themselves to him as affording a standard for the operations performed by government, in the creation and distribution of proprietary and other civil rights.* » (J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op. cit., p. 3)

¹³⁹ *La formation du radicalisme philosophique III. Le radicalisme philosophique*, Paris, Puf, 1995, vol. 3, p. 206.

de manière symétrique par rapport au principe, signifie que tout ce qu'il faut pour former le contenu d'un système juridique est déjà connu ou peut être théoriquement déterminé, car l'ordre moral que le système a pour but de réaliser est déjà dicté par le principe. Ce qui reste à construire pour la science juridique, c'est donc une structure qui reflète la forme de cet ordre moral planifié — nous sommes dans la continuation de l'idée d'un arrangement naturel. Tout comme le principe d'utilité qui déploie des formules dont la réponse à chaque situation morale peut être logiquement déduite, le droit devrait lui aussi, avec des concepts et des dispositifs, se construire en un système de manière à ce que la recherche d'une solution optimale à chaque situation juridique ne soit qu'un processus de calcul, dont il suffirait de remplir les variables avec les facteurs du cas observé. Et tout comme l'autorité du principe est assurée de manière incontestable et fonctionne de manière précise puisqu'il est fondé sur une vérité considérée comme absolue et sans ambiguïté — rien n'est plus vrai chez les êtres humains que leur nature à chercher le plaisir et à fuir la douleur —, dans le domaine du droit, il est pareillement préférable de postuler une source suprême pour instaurer sa validité de manière claire et absolue : une souveraineté juridico-politique dont la fonction fait écho à celle de la souveraineté scientifique érigée par la vérité de la nature humaine. L'objectif est de faire en sorte que la première traduise en des énoncés impératifs les résultats des calculs émis par la seconde. C'est ainsi que pour les utilitaristes, le système juridique ne peut être idéalement organisé que sous forme de code : préprogrammé, pré-structuré avec une rationalité calculatrice vérifiable et, qui plus est, prononcé, validé, et imposé, par le souverain de la communauté, en s'appuyant sur son pouvoir d'appliquer des sanctions. C'est seulement de cette manière que le droit peut être un outil précis, efficace, et parfaitement maniable pour être à la hauteur du principe. De la même logique, c'est aussi pour tous ses caractères qui sont à l'opposé de ces qualités que la *common law* est fortement dépréciée par les utilitaristes. La loi en tant que proposition impérative édictée par le souverain et adressée publiquement à des individus deviendra la forme basique et paradigmatique du droit benthamien. Là encore, c'est le droit pénal qui correspond le mieux à cette image. Sur la base de cette forme, Bentham élaborera, avec précision et sous de nombreux angles, le dispositif élémentaire du système — une loi, l'unité du droit — ainsi que ses variations, qui constitueront le thème principal de *Limits*.

Ainsi, la sanction — les douleurs et les plaisirs instrumentalisés — et l'impératif juridique sous forme de loi et monopolisé par le souverain, constituent chez Bentham les deux grands piliers techniques de son dessein utilitariste du droit, illustré par ses discussions portant particulièrement sur la branche pénale. Mais tout en étant l'archétype d'autres branches, celle-ci est pourtant composée majoritairement d'éléments qui lui sont propres : les infractions — des actions qui, en vertu de leur effet en termes de diminution du bonheur total de la communauté, sont définies et interdites par la loi. C'est cette partie qui constitue, pour ainsi dire, l'identité du droit pénal. Dans le plan du code pénal, il est donc prévu par Bentham que le premier livre consiste en les dispositions des infractions — lesquelles, avec les sanctions qui y sont attachées, seront les résultats des calculs utilitaristes mis en mots dans le langage impératif — tandis que le deuxième livre traite de la procédure.¹⁴⁰

L'objectif principal de *IPML* est donc d'exposer le meilleur mécanisme dont dispose un pouvoir politique dans le but de réglementer les conduites humaines et, par là même, de gouverner une communauté ; mécanisme qui consiste principalement à infliger des sanctions qui engendrent de la douleur ou du plaisir pour contrebalancer le mal produit au sein de la société (ou dissuader un mal qui pourrait se produire), ou inversement, pour augmenter le bonheur total. Voilà la morale utilitariste, qui peut être résumée en une simple équation. En ce sens, le droit pénal n'en incarne qu'une variation, bien qu'exemplaire, parmi d'autres. Ainsi, à la fois dans la perspective générale et particulière (pénale), Bentham énumère respectivement les quatre différents types de sanctions, qui sont les sources des douleurs et des plaisirs (chapitre III), ainsi que les différentes catégories de ces sources qui sont au total plus d'une vingtaine, elles-mêmes subdivisées (chapitre V) ; auxquelles s'ajoute une trentaine de types de circonstances susceptibles de les influencer (chapitre VI).

La formule pour le calcul utilitariste est fournie dans le chapitre IV, dont la précision et la concision rivalisent avec une formule classique de mathématique, et que nous

¹⁴⁰ Voir l'introduction éditoriale par Schofield dans J. BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. xi, note 3.

allons simplement résumer comme suit : les effets de chaque acte sont mesurés et divisés en deux catégories : la douleur et le plaisir. Si la somme de la première l'emporte sur la seconde, l'action en question devrait être interdite. Pareillement, une punition devrait être adoptée si les effets bénéfiques de cette dernière l'emportent sur ses effets négatifs. Seulement, l'addition ne se fait pas uniquement en fonction de la quantité de douleur ou de plaisir, il y a aussi toute une méthode pour prendre en compte les qualités de chaque sentiment, afin d'obtenir la véritable valeur de celui-ci. Ainsi, l'intensité, la durée, la certitude, et la proximité d'un sentiment, ses effets secondaires susceptibles de renforcer ou diminuer son volume primaire, et sa portée dans le cas où il touche plusieurs personnes : toutes ces qualités doivent être considérés et converties en quantité. Le calcul utilitariste emprunte son modèle à la physique mécanique : l'homme est considéré comme une masse en mouvement et ses sentiments comme des forces qui s'exercent sur lui¹⁴¹.

À partir du chapitre VII (« De l'action humaine en général »), on entre dans les détails des éléments qui composeront le corps du code, à savoir les infractions. Bentham parcourt des thèmes tels que l'intention, la conscience, le motif, les dispositions et les conséquences (chapitre VIII- XII). Ce sont des éléments qui produisent des données à évaluer pour obtenir le bilan de la nuisibilité d'une action. Le protocole pour manipuler la balance utilitariste entre une action ciblée et sa probable punition est déployé dans les chapitres XIII, XIV et XV. La punition étant elle aussi un mal, il faut que (1) son usage soit d'abord justifié par la présence d'un acte malfaisant, (2) qu'elle soit efficace en termes de dissuasion, (3) que son effet positif dépasse son effet négatif, et (4) qu'elle soit nécessaire, c'est à dire le seul moyen pour atteindre le résultat souhaité.¹⁴² Ces principes semblent d'une simplicité mathématique, sur la base desquels, cependant,

¹⁴¹ S. JACOBS, « Bentham, Science, and the Construction of Jurisprudence. », *History of European Ideas*, vol. 12, n° 5, 1990, p. 583-594. L'auteur cite Bentham qui parle de l'action en termes de mouvement : « An act of the body, when of the positive kind, is a motion: now in motion there are always three articles to be considered: 1. The quantity of matter that moves: 2. The direction in which it moves: and, 3. The velocity with which it moves. » (J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 85 note b). Dans un autre exemple, Bentham compare des éléments des circonstances qui influencent les sentiments et la sensibilité de l'homme avec des facteurs qui agissent sur les objets en mouvement : « Thus, in physical bodies, the momentum of a ball put in motion by impulse, will be influenced by the circumstance of gravity: being in some directions increased, in others diminished by it. So in a ship, put in motion by the wind, the momentum and direction will be influenced not only by the attraction of gravity, but by the motion and resistance of the water, and several other circumstances » (*Ibid.*, p. 52, note b.)

¹⁴² *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 159.

Bentham développe des discussions minutieuses en examinant les multiples aspects de la punition et de situations variées.

Section 2 Méthodes scientifiques benthamiennes : nomenclature et approche linguistique

Mais tous ces raisonnements ne pourraient pas être avancés sur la seule base du principe d'utilité. Les affaires humaines peuvent difficilement être réduites en des symboles mathématiques sans voir leur complexité compromise. Pour traiter autant de situations de façon à ce qu'elles soient toutes envisagées par un code, en appliquant, qui plus est, toujours la simple logique de quantification, Bentham s'appuie encore sur deux autres méthodes qui ne sont pas moins importantes que le principe d'utilité dans son modèle scientifique.

Il y a, premièrement, la méthode de classification, avec laquelle les éléments qui doivent être soumis à l'analyse sont divisés et catégorisés. Ainsi leur est accordé un ordre qui leur donne sens. Même s'il est évident que cette méthode accompagne Bentham dans ses raisonnements quasiment tout le long de l'ouvrage, c'est au chapitre XVI, « Division des infractions », qu'on observe sa démonstration par excellence. Le chapitre est apparemment le point culminant de tout l'ouvrage, tant au niveau du volume que pour sa proximité du stade final qui est celui de la codification¹⁴³. Les infractions sont d'abord divisées en cinq classes (privées, semi-publiques, auto-référentes, publiques, et multiformes), lesquelles sont à leur tour divisées et subdivisées. En l'espace des presque cent pages qui constituent le chapitre, seuls les divisions de la première classe sont énumérées, avec leur catégorisation expliquée, tant la quantité de travail — s'il devait être complètement réalisé pour toutes les classes — est énorme. Ce qui fait que la véritable utilité du chapitre, que ce soit prévu ou pas, revient

¹⁴³ Même si Bentham considèrera plus tard que la notion d'infraction aurait dû précéder celle de punition, car, dans l'idée, la seconde présuppose la première. Mais là il s'agira de la présentation de la notion d'infraction, et non pas de la classification des infractions, laquelle, toujours selon la sagesse rétrospective de Bentham, aurait dû être faite dans un autre traité, qui se serait occupé uniquement de la forme de la législation en question, à savoir la méthode d'organisation et la définition des terminologies. Voir *Ibid.*, p. 4.

seulement à démontrer le fonctionnement de cette méthode de classification. Sommairement, il s'agit de ranger les éléments dans un tableau, de les ordonner selon certains critères afin d'en tirer un ordre, de les diviser et de les catégoriser en une hiérarchie afin de réduire la quantité de données à traiter tout en améliorant le niveau de précision. Cette méthode est déjà couramment utilisée à l'époque de Bentham et n'est point une de ses singularités. Plus précisément, elle est empruntée aux sciences naturelles, notamment la nomenclature standard établie par le botaniste suédois du XVIII^e siècle, Linnæus, personnage auquel Bentham s'est explicitement référé¹⁴⁴. Ce qui est particulier avec la version benthamienne de cette méthode, est bien évidemment le fait que sa classification est adaptée aux besoins de la matière juridique et est dirigée par le principe d'utilité.¹⁴⁵

Deuxième méthode importante : la manière dont il avance d'une idée à l'autre en s'appuyant sur le langage qui les véhicule, notamment sa technique de définir des notions abstraites qu'il appelle les entités fictives. Largement reconnue et discutée par les spécialistes de Bentham ainsi que les linguistes et les logiciens, cette méthode qui sera amplement élaborée dans ses écrits plus tardifs portant sur la logique et le langage¹⁴⁶, n'est pourtant pas explicitement présentée dans *IPML*. Toujours est-il que la méthode est intégrée dans son raisonnement et accompagne constamment ses approches scientifiques. Dès son premier écrit majeur (*A Fragment on Government*) les traces de cette technique étaient observables¹⁴⁷, bien avant qu'il la théorise ; et *IPML* n'y fait pas d'exception.¹⁴⁸ D'après le linguiste C. K. Ogden, le premier à présenter de

¹⁴⁴ *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, p. 418 note d1 de l'auteur et note 2 de l'éditeur. Pour une comparaison entre le modèle de Linnæus et celui de Bentham, voir S. JACOBS, « Bentham, Science, and the Construction of Jurisprudence. », *op. cit.*.

¹⁴⁵ Plus tard, Bentham théoriserait son système de classification dans un article intitulé « Essay on Nomenclature and Classification » en tant qu'annexe de « Chrestomathia » (*The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (éd.), Edinburgh, William Tait, 1838, vol. 8/11, p. 63-128). Voir aussi J. R. DINWIDDY, *Bentham: Selected Writings of John Dinwiddy*, Stanford, Stanford University Press, s. d., p. 46-48.

¹⁴⁶ Il y a notamment *Chrestomathia*, l'ouvrage publié en 1816 portant sur la pédagogie, et d'autres écrits composés entre 1813-1815 qui ont été rassemblés et publiés à titre posthume par Bowring sous les titres « A Fragment on Ontology », « Essay on Logic », « Essay on Language », « Fragments on Universal Grammar ». Tous ces écrits se trouvent dans J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 8/11, *op. cit.*. De ceux-ci, les passages portant sur les entités fictives ont été extraits de l'édition de Bowring par Ogden en 1932 pour faire l'objet d'un volume dédié spécifiquement à cette question (C. K. OGDEN, *Bentham's Theory of Fictions*, London, Routledge, 2000) Une édition française plus récente, *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, P. Schofield (éd.), J.-P. Cléro et C. Laval (trad.), s. l., Éditions du Seuil, 1997, présente un travail éditorial d'autant plus rigoureux qu'il a été établi à partir des manuscrits de Bentham. Sur la situation éditoriale relative à ce thème, voir P. TARANTINO, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, New York, Routledge, 2018, p. 12-13.

¹⁴⁷ Voir notamment *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, p. 494-496, note b.

¹⁴⁸ Tarantino retrace l'évolution des pensées de Bentham concernant l'idée d'entité fictive dont la toute première apparition se trouve dans ses explications à son frère portant sur des notions mathématiques ; les écrits en question datent des années 1770.

manière systématique cette méthode en lui accordant l'appellation de « théorie des fictions » et à rassembler en 1932 les écrits de Bentham relatifs à ce sujet, il s'agit d'un instrument « élaboré dans le but de traiter le facteur symbolique dans tous ses ramifications : légale, scientifique, et métaphysique. »¹⁴⁹ C'est avec cette méthode que Bentham arrive à assurer que chaque notion qu'il utilise peut avoir un sens et servir avec précision, et à établir une différence entre les concepts véritablement scientifiques et ceux qui le sont moins voire pas du tout. Aussi la méthode lui sert de critère pour déterminer, par exemple, que le contrat social n'est qu'une fiction qui embrouille plus qu'elle n'éclaire.¹⁵⁰ Elle sert également de contrôle qui s'effectue à chaque étape de l'avancement vers la bonne définition d'un concept, parfois si fondamental dans la science juridique mais bien souvent trop peu précis dans l'usage, tels que le droit (*right*), le pouvoir, l'obligation, la propriété, ou encore la *jurisprudence*. Tout cela — et ici on a bien affaire à une de ses plus intéressantes particularités —, Bentham le résout simplement à l'aide de l'usage général du langage. Derrière ce rapport direct au langage qui témoigne d'une brillante simplicité, pourtant, il y a un aspect moderne qui égale certaines théories d'analyse du langage contemporaines.¹⁵¹

Si, de notre point de vue de juriste, c'est par ce détour linguistique que Bentham parvient à écarter les non-sens, à élaborer les significations des notions juridiques nécessaires, et à justifier leur usage, aux yeux des philosophes du langage, c'est plutôt dans le sens contraire que les choses se sont passées : « L'approche par la voie juridico-politique a modifié la manière de poser les questions. Il ne suffit pas de se demander

Durant la première période de sa carrière, Bentham s'intéressait plutôt à la morale ou à la question politique au sens large, dont les principaux écrits entre 1774-1789 témoignent de l'usage courant de la notion d'entité fictive et de sa différenciation avec le réel, même si ces idées ne font pas encore l'objet d'une étude systématique. P. TARANTINO, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, *op. cit.*, p. 85-87.

¹⁴⁹ C. K. OGDEN, *Bentham's Theory of Fictions*, *op. cit.*, p. xxvii.

¹⁵⁰ Sur sa critique du contrat social, voir J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *op. cit.*, p. 439-448. « Conversing with Lawyers, I found them full of the virtues of their Original Contract, as a recipe of sovereign efficacy for reconciling the accidental necessity of resistance with the general duty of submission. This drug of theirs they administered to me to calm my scruples. But my unpractised stomach revolted against their opiate. I bid them open to me that page of history in which the solemnization of this important contract was recorded. They shrunk from this challenge; nor could they, when thus pressed, do otherwise than our Author [Blackstone] has done, confess the whole to be a fiction. » p. 440-441, note 2.

¹⁵¹ Sa procédure d'élimination des fictions non-fondées se rapproche de celle pour éliminer les descriptions définie dans la théorie des descriptions de Bertrand Russell ; l'idée derrière son approche, celle qui consiste à considérer les significations comme résidant non dans les mots, mais dans les énoncés et de manière contextuelle, attire l'attention de Willard Van Orman Quine qui le qualifie d'un des tournants essentiels de l'empirisme moderne. Cf. J. BOUVERESSE, « La théorie des fictions chez Bentham », dans K. Mulligan et R. Roth (éd.), *Regards sur Bentham et l'utilitarisme: actes du colloque organisé à Genève les 23 et 24 novembre 1990*, Genève, Droz, 1993, p. 87-89. Pour une comparaison entre la méthode de Russell et celle de Bentham, ainsi qu'une discussion sur la validité de l'approche de Bentham, cf. R. HARRISON, *Bentham*, *op. cit.*, p. 47-76.

s'il y a ou s'il n'y a pas d'objet de la perception de l'autre côté du langage. »¹⁵² En parcourant l'évolution de ses écrits, on peut constater chez Bentham une conviction constante d'après laquelle il y a une structure linguistique dont dépendent les questions d'éthique. Inversement, on peut aussi considérer que sa manière d'aborder les questions d'éthique représente une première tentative de mettre en application son ontologie générale fondée sur le langage (quoique théorisée plus tard), laquelle constitue la base de toute connaissance du monde, que ce soit son aspect physique ou moral.¹⁵³ Et la question de fiction se trouve au cœur des problématiques pour lesquelles cette approche linguistique est mise en jeu. Mis à part son ambition par laquelle a débuté sa carrière, celle qui consiste à dissiper les mythes qui imprègnent le système traditionnel de la *Common Law* — mythes qui ont pour conséquence de rendre le système inaccessible à la population et, ainsi, de maintenir les privilèges des juges et des avocats¹⁵⁴ —, il y a aussi le fait que Bentham, aussi empiriste soit-il, comprend parfaitement combien le système juridico-politique est dépendant, à tort ou à raison, des fictions. La contradiction de l'entité fictive — un oxymore en apparence pour un empiriste — est « absolument inévitable... Sa source est dans la nature du langage, cet instrument sans lequel, bien qu'il ne soit rien en lui-même, rien ne peut être dit, et presque rien ne peut être fait. »¹⁵⁵ « C'est [...] au langage seul que les entités fictives doivent leur existence ; leur impossible et cependant indispensable existence. »¹⁵⁶ En réservant une place dans le langage à la catégorie de fiction, Bentham réussit à contourner l'ancienne question ontologique sur l'existence d'un objet¹⁵⁷, pour que celui-ci puisse tout de

¹⁵² C. LAVAL, *Jeremy Bentham : le pouvoir des fictions*, op. cit., p. 61.

¹⁵³ P. TARANTINO, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, op. cit., p. 86-87. Ainsi Tarantino développe une sorte de continuité ontologique entre la logique et l'éthique chez Bentham, au sujet duquel un passage de *Chrestomathia* est cité : « Eudæmonics is the art of well-being. Necessary for well-being is being. In every part, therefore, of the common field, concomitant and correspondent to Eudæmonics considered as an art, runs Ontology. » « Chrestomathia », dans J. Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1838, vol. 8/11, p. 83.

¹⁵⁴ « With respect to this [Original Contract], and other fictions, there was once a time, perhaps, when they had their use. With instruments of this temper, I will not deny but that some political work may have been done, and that useful work, which, under the then circumstances of things, could hardly have been done with any other. But the season of Fiction is now over: insomuch, that what formerly might have been tolerated and countenanced under that name, would, if now attempted to be set on foot, be censured and stigmatized under the harsher appellations of incroachment or imposture. To attempt to introduce any new one, would be now a crime: for which reason there is much danger, without any use, in vaunting and propagating such as have been introduced already. In point of political discernment, the universal spread of learning has raised mankind in a manner to a level with each other, in comparison of what they have been in any former time: nor is any man now so far elevated above his fellows, as that he should be indulged in the dangerous licence of cheating them for their good. » J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, op. cit., p. 441.

¹⁵⁵ J. BENTHAM, *Théorie des fictions*, op. cit., p. 53.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 55.

¹⁵⁷ Laval parle même d'une révolution ontologique qui serait une relecture de l'ontologie traditionnelle, entendue par Bentham comme un champ des entités abstraites qui reste jusque-là en friche. C. LAVAL, *Jeremy Bentham : le pouvoir des fictions*,

même faire apparaître dans la conscience une idée permettant de faire avancer la pensée. Car les entités fictives sont justement ce genre d'objets qui n'ont pas d'existence réelle, mais « qui doivent dans toute langue, pour les besoins du discours, être énoncés comme existant — être énoncés de la même manière que sont énoncés les objets qui ont réellement une existence, et auxquels on entend sérieusement affecter une existence... »¹⁵⁸.

C'est pour cela que le langage en général, peuplé de fictions, contient tellement de risques de tromperie susceptibles d'embrouiller les vérités. De là le risque de permettre à un petit groupe de gens d'autorité de tirer profit du plus grand nombre en jouant avec les mots à leur convenance. « Toutes les fois qu'il y a un mot, il y a une chose ; de là vient la pratique presque universelle qui consiste à confondre les entités fictives avec les entités réelles — à faire correspondre aux noms d'entités fictives des entités réelles. De là, le droit commun, l'esprit, l'âme, la vertu, le vice. »¹⁵⁹ « Dans l'esprit de tous, la Fiction, au sens de la logique, est frappée au coin de la nécessité (*the coin of necessity*) — dans celui des poètes, de l'amusement — dans celui des prêtres et de l'homme de loi de l'immoralité malfaisante sous la forme d'une ambition malfaisante ; et trop souvent à la fois et le prêtre et l'homme de loi ont conçu ou fabriqué en partie cet instrument. »¹⁶⁰ Rien de surprenant donc, à ce qu'un empiriste devienne le maître des fictions. Il est même pleinement dans l'esprit empiriste que le problème soit détecté et que le défi suivant lui soit lancé : si en tout état de cause la fiction est indispensable, comment rattacher valablement une entité fictive au monde réel, tout en maintenant qu'en elle, il n'existe rien de réel à part son nom ? La réponse frappe par sa simplicité : recourir à ce dont provient le problème — le langage.

La solution de Bentham consiste principalement à paraphraser. D'abord il distingue l'entité réelle de l'entité fictive. La première, représentant une existence réelle, donc épargnée du risque d'être trompeuse, est la seule qui puisse assurer la véracité d'un

op. cit., p. 80 ; J. BENTHAM, « A Fragment on Ontology », dans J. Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1838, vol. 8/11, p. 193-211.

¹⁵⁸ J. BENTHAM, *Théorie des fictions*, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁹ J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (éd.), Edinburgh, William Tait, 1838, vol. 11/11, p. 73, cité et traduit par J. BOUVERESSE, « La théorie des fictions chez Bentham », *op. cit.*, p. 89.

¹⁶⁰ J. BENTHAM, *Théorie des fictions*, *op. cit.*, p. 61.

discours. Il s'agit donc de changer « en une proposition ayant pour sujet une entité réelle, une proposition qui n'a pour sujet rien d'autre chose qu'une entité fictive. »¹⁶¹ Car expliquer une chose, c'est exposer ses propriétés. Or, les entités fictives, puisqu'elles n'ont pas d'existence au sens strict du terme, ne peuvent à proprement parler avoir aucune propriété. « Quelque vérité qui puisse lui [à une entité fictive] appartenir ne le peut que du fait qu'elle est celle du représentant [...] d'une proposition ayant pour sujet une entité réelle. »¹⁶² Si l'on parvient à reformuler une phrase sans changer l'idée qu'elle porte en remplaçant le substantif d'une entité fictive qui s'y trouve par d'autres mots qui représentent des entités réelles — ou, par la même logique, d'autres entités fictives qui se rapprochent plus du réel que celle qu'il s'agit d'expliquer, puis celles-là à leur tour remplacées par d'autres, ainsi de suite jusqu'à ce qu'il n'y ait plus que des entités réelles dans la phrase — un lien sémantique peut être créé entre cet objet purement fictif et une ou plusieurs sources avérées. Pourvu que toutes les paraphrases dans cette procédure aient un sens et que chaque opération s'effectue avec pertinence, la fiction peut fonctionner en tant que raccourci de pensée dans le cadre de cette compréhension contextuelle, et elle fonctionnera aussi bien et de la même manière que si elle avait une existence réelle.^{163 164}

Ainsi — pour revenir à *IPML* —, le chemin vers la codification est un chemin sur lequel, on peut l'imaginer, on sera sans cesse confronté à des mots, des notions, voire des catégories *a priori* pour expliquer des notions, qui représentent tous des choses fictives à définir, mais sans lesquels on ne parvient pas à composer ne serait-ce qu'une simple loi qui, par exemple, interdit le vol. Un acte présuppose une intention et une action ; cette dernière présuppose encore l'idée de mouvement ou de changement d'état des choses ; l'acte de prendre ce qui appartient à autrui, présuppose une connaissance

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 197

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ Le terme « existence » est équivoque chez Bentham. À partir de la nette distinction entre la perception et le langage, Bentham adopte deux approches différentes quant à la notion d'existence : celle du réalisme empirique, et celle du constructivisme linguistique. « An entity can have both an empirical and a linguistic existence and another entity can have either an empirical or a linguistic existence, namely, an existence either experienced by the senses or acknowledged within a sentence. » P. TARANTINO, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, *op. cit.*, p. 24-25.

¹⁶⁴ Pour en savoir plus sur la théorie de fictions de Bentham, en sus des références déjà données jusqu'ici dans cette Section, voir aussi J. R. DINWIDDY, *Bentham: Selected Writings of John Dinwiddy*, *op. cit.*, p. 39-46 ; G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham : la guerre des mots*, *op. cit.* ; E. MARI, « Jeremy Bentham : du "souffle pestilentiel de la fiction" dans le droit, à la théorie du droit comme fiction », F. Ost et F. Renard (trad.), dans P. Gérard, F. Ost et M. Van De Kerchove (éd.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1987, p. 181-201.

sur le statut de propriété d'un bien ; pour comprendre ce qu'est la propriété, il faut d'abord expliquer la notion de droit sur les choses, lequel avec le droit sur les personnes, constituent les deux grandes divisions du pouvoir juridiquement instauré dans la branche civile du droit ; on arrive donc à la notion de pouvoir... et ainsi de suite. Et là, Bentham poursuivrait — car dans son projet juridico-politique, les entités devraient s'enchaîner, des plus fictives aux plus réelles, jusqu'à ce que soit dévoilé leur lointain rapport à la suprême source morale : la douleur et le plaisir, l'indéniable réalité. Voici un des passages avec lesquels on voit le plus clairement le mouvement de cette méthode basée sur le fonctionnement du langage, notamment sa contextualité, dans *IPML* :

Bien qu'ils ne constituent pas des espèces de la classe des droits (car les deux sortes d'entités fictives nommées *pouvoir* et *droit* sont tout à fait incommensurables), les pouvoirs sont pourtant inclus dans la classe des droits dans la mesure où, à toutes les occasions où on peut employer le mot *pouvoir*, on peut également employer le mot *droit*. La raison en est que dès que vous dites d'une personne qu'elle a un pouvoir, vous pouvez dire qu'elle a le droit d'exercer ce pouvoir. Mais la proposition inverse n'est pas valable... [...] Pouvoir et droit, et toute la tribu des entités fictives de même nature, dans leur acception juridique, sont toutes le produit de quelque manifestation de la volonté du législateur eu égard à tel ou tel acte. Or toute manifestation de cette sorte est soit une interdiction, soit un commandement, soit la négation de l'un et de l'autre — c'est-à-dire une permission, [et la déclaration que fait le législateur de sa volonté] lorsque, à une occasion donnée il n'ordonne pas de réaliser une action. [...] ...tout pouvoir est constitué en premier lieu par la permission. Mais dans la mesure où la loi confirme activement ce pouvoir, elle le crée en interdisant et en commandant : en interdisant les actes (commis par d'autres) jugés incompatibles avec l'exercice de ce pouvoir, et à certaines occasions en commandant les actes jugés nécessaires pour ôter tel ou tel obstacle parmi tous ceux qui pourraient entraver l'exercice de ce pouvoir. [...] l'exposition des mots pouvoir et droit, pour être correcte, doit entrer dans une profusion de détails...¹⁶⁵

Bentham note d'abord la proximité entre les mots « pouvoir » et « droit » dans leur usage, avant de constater que les deux sont pourtant incommensurables, car le premier peut être expliqué par le second en paraphrasant, mais il n'en va pas de même à

¹⁶⁵ *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., p. 248-249, note e. Nous avons omis certains passages et apporté une modification à cette traduction, comme indiqué entre crochets []. Le passage original se trouve à *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op. cit., p. 205-206, note e2.

l'inverse. Il continue à relier l'idée de pouvoir aux actes de législateur, ainsi il établit, dans chaque genre de ces derniers, un espace significatif réservé au mot pouvoir. Cette entité fictive peut désormais *exister* dans la mesure où elle désigne un certain effet qui est réellement anticipé par un acte législatif, que ce soit une interdiction, une permission, ou une ordonnance. Plus tard dans *Limits*, ces différents genres d'actes législatifs seront analysés à leur tour avec des paraphrases, lesquelles montreront qu'ils représentent en réalité différents aspects d'un même état des choses envisagé par le législateur, même si chacun a son propre fonctionnement.¹⁶⁶ En tout cas, en enchaînant des entités les unes avec les autres, nous sommes partis de l'entité fictive « pouvoir » et sommes arrivés à la notion d'acte législatif, lequel est intimement lié, par son fonctionnement, aux sentiments empiriques de première importance que sont les douleurs et les plaisirs. C'est dire que nous ne sommes pas loin de relier le « pouvoir » au réel, l'ultime source de vérification. Même si, comme l'explique Bentham dans la même note, pour une démonstration complète de la définition du pouvoir, il va falloir épuiser toutes les variations de son « existence » dans toute sorte de situation. « Mais les commandements et les interdictions par lesquels les pouvoirs et les droits composant ces diverses modifications sont créés peuvent prendre des formes très différentes. »¹⁶⁷ Ce travail va donc s'avérer abondant et volumineux, et surtout non compatible avec un format d'ouvrage destiné à établir une compréhension générale du droit pénal. Toujours est-il que, théoriquement, il est faisable.

Ce schéma est tellement récurrent chez Bentham que, si l'on commence à le chercher dans *IPML*, on découvrira que presque tout le long de son cheminement du principe d'utilité jusqu'aux infractions à déployer dans le code, Bentham avance en s'appuyant sur les mots. Pour exposer une idée, il procède à partir des énoncés qui la portent ; tant que ces derniers sont sensés, cette première est valable — comme une seule opération qui règle deux mondes parallèles en même temps. En attachant l'aspect linguistique d'une notion à celui d'une autre, il tisse une toile composée de notions qui sont attachées les unes aux autres. On peut aussi remarquer que Bentham a plus tendance à mettre en avant le registre du discours, c'est-à-dire le fait que l'on se situe sur le plan

¹⁶⁶ Section 12 et Appendix C de *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 115-141, 250-267.

¹⁶⁷ *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, p. 249, note e (qui commence p. 248).

de la terminologie des choses, quand l'entité fictive qu'il manipule à un moment donné est plus lointaine du réel, et donc plus délicate à manier. Pour ne citer que quelques exemples :

(Dans les premiers passages du premier chapitre, sur le principe d'utilité —)

L'intérêt de la communauté est l'une des **expressions** les plus générales qu'on puisse rencontrer dans la **phraséologie** morale : il n'est pas étonnant que le **sens** en soit souvent perdu. Quand cette **expression** a un **sens**, c'est le suivant : la communauté est un corps **fictif**, composé de personnes individuelles dont on considère qu'elles en constituent en quelque sorte les membres. Qu'est-ce donc que l'intérêt de la communauté ? La somme des intérêts des divers membres qui la composent.

Il est vain de **parler** de l'intérêt de la communauté sans comprendre ce qu'est l'intérêt de l'individu. **On dit qu'**une chose promeut l'intérêt d'un individu, ou est dans son intérêt, **quand** elle tend à augmenter la somme totale de ses plaisirs ou, ce qui revient au même, à diminuer la somme totale de ses douleurs.¹⁶⁸

(Chapitre VII, sur les actions humaines —)

Il faut remarquer qu'on ne doit pas déterminer immédiatement la nature de l'acte, qu'elle soit positive ou négative, par la forme du **discours** dont on se sert pour l'**exprimer**. Un acte, positif par sa nature, peut se caractériser par une **expression** négative ; ainsi, ne pas être au repos équivaut à se mouvoir. De même, un acte négatif par sa nature peut se caractériser par une expression positive ; ainsi, l'acte d'omettre ou de s'abstenir d'apporter de la nourriture à une personne dans certaines circonstances, est signifié par un terme unique et positif : *affamer*.¹⁶⁹

(Chapitre XVI, Division des infractions ; passage sur statuts civils —)

Dans un cas, on considèrera un ensemble de droits comme un objet de propriété plutôt que comme un statut, tandis que dans un autre cas un ensemble de droits du même type sera considéré comme formant un statut plutôt qu'un objet de propriété. On s'apercevra sans doute qu'il en va de même dans toutes les langues, et que l'usage diffère encore d'une langue à l'autre.¹⁷⁰

[...] La loi permet à un homme de vendre des livres, c'est-à-dire, toute sorte de livres en général. Jusque-là, elle ne fait que l'investir d'un statut, et ce statut, il le posséderait quoi qu'il arrive même si tout le monde vendait des livres comme lui. Imaginons que la loi prenne des mesures actives en sa faveur et interdise à toute autre personne de vendre des livres d'un certain type, tandis que lui conserve comme avant le droit de les vendre. Par là, la loi

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 26-27. C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 100. C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 306-307.

lui confère une sorte de privilège exclusif, ou monopole, qu'on appelle un *copy-right*. Mais lorsqu'elle l'investit de ce droit, **on ne dit pas** qu'elle l'investit d'un nouveau type de statut, et **on parle de** ce dont il est investi comme d'un objet de propriété, c'est-à-dire comme **ce qu'on appelle** une propriété incorporelle.¹⁷¹

Section 3 Champ scientifique benthamien

I Entité : problème entre existence et appellation

Nous pouvons maintenant esquisser le modèle épistémologique destiné monde de la morale aux yeux de notre utilitariste à partir de sa manière de penser la fiction. Ici nous ne parlons pas de sa méthode linguistique appliquée au droit, ni de son approche juridico-politique d'analyser le langage, ni des notions juridiques, entendues particulièrement au sens de Bentham, que les deux premières ont contribué à élaborer. Nous parlons de la manière dont tout le champ scientifique est déployé devant lui, et de ce qu'il entend par la science en tant que série d'interventions appliquées à ce champ, dès qu'il s'agit de donner un ordre à tous les phénomènes sociaux et politiques : construire un gouvernement, élaborer des règles morales, composer un code du droit, clarifier les sens des mots, etc. La fiction est chez Bentham justement la jonction de ces deux parties qui, ensemble, rendent une science possible : le monde objectivé par l'homme et sa prétention à le changer ; toutes deux exécutées avec méthode et non arbitraires. Et la technique de fiction est commune aux méthodes des deux parties. Nous nous expliquons.

L'intérêt constant que Bentham porte sur la question de fiction — d'abord en tant que phénomène courant et souvent contestable dans la *jurisprudence*, et ensuite en tant que sujet d'une théorie censée lui permettre de cheminer parmi les entités fictives sans s'y perdre —, ainsi que le langage autour duquel il développe sa méthode, révèle une vision empiriste du monde, certes particulière mais sans doute instinctive aussi, qui lui

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 308-309. C'est nous qui soulignons.

est propre. Ce champ d'étude, réduit à son état brut, se présente à lui comme composé principalement de rien d'autre que de mots et de choses — c'est-à-dire des matières qui constituent les entités. Méfiant à toute construction idéologique, il veille à ce que les choses portent bien leur nom et que, dans la contextualité d'une langue, qui est paradoxalement la source des repères sémantiques mais aussi, avec son immensité, souvent la cause de tromperies, il n'y ait pas de mot qui se balade gratuitement sans se référer sérieusement à une existence réelle ou linguistiquement justifiée, et qui finisse par créer des chimères qui induiront des conséquences qui dépassent les simples paroles. La fiction concerne justement le problème de correspondance entre l'existence et son nom. Il en résulte qu'elle est à la fois problématique et, nous le verrons plus tard, constructive. D'ailleurs, il est intéressant de constater que le Bentham qui a développé tant de concepts originaux aux yeux de ses lecteurs, n'a jamais, du moins dans le cas de *IPML*, employé une seule fois le mot « concept ». Car, qu'est-ce qu'un concept, sinon, au fond, un mot qui veut dire quelque chose ? C'est que toute conception prend le risque de devenir fantaisiste dans l'usage si l'on donne libre cours à son emploi, sans réfléchir à la légitimité de l'articulation entre l'énoncé et ce que celui-ci indique. Quelle que soit la forme de la construction idéologique, quel que soit le type de conception dont il est en question, ce qui compte est toujours le rapport entre ce qui est dit et ce qui est censé être représenté par là. Les concepts comme ceux de liberté, de pouvoir, de bonheur, d'obligation, ont beau sembler s'imposer comme naturellement imprégnés de sens, ils sont en réalité rien d'autre que les **mots** de liberté, de pouvoir, de bonheur, d'obligation, dont les significations ne s'avèrent pas du tout évidentes à partir du moment où l'on cherche à les définir. Et définir, c'est d'abord clarifier que l'on est — et sera toujours — sur un problème de correspondance entre un certain objet et son appellation. C'est ensuite donner le chemin par lequel cet objet peut être lié au réel — ainsi il est **expliqué**, ce qui veut dire aussi qu'il peut être légitimement considéré comme **existant**, dans quel que registre que ce soit. C'est, enfin, modifier l'appellation éventuellement. Dans ce trajet de définition, rien de ce que l'on rencontre sur le chemin ne peut pas être réduit à des existences linguistiques ou réelles, qu'elles soient raisonnables ou non. On trouve un exemple frappant de cette vision du monde dans le passage où Bentham définit la *jurisprudence* :

La jurisprudence est une entité fictive et l'on ne peut donner une signification à ce terme qu'en le plaçant en compagnie d'un mot signifiant une entité réelle. Pour savoir ce qu'on entend par *jurisprudence*, nous devons savoir, par exemple, ce qu'on entend par *un ouvrage de jurisprudence*. Un livre de jurisprudence ne peut se proposer qu'un seul de ces deux objectifs : 1. Établir avec certitude ce qu'est le *droit*, 2. Établir avec certitude ce qu'il devrait être. Dans le premier cas, on pourra l'appeler livre de jurisprudence *expositive* ; dans le second, ce sera un livre de jurisprudence critique (*censorial jurisprudence*), ou autrement dit, un livre sur l'*art de la législation*.¹⁷²

Bentham poursuit la procédure de définition en énumérant les différents genres de livres de *jurisprudence*. La *jurisprudence* est donc tout simplement ce qui est contenu dans les livres de *jurisprudence* — son existence quoique fictive est ainsi établie avec cette manière d'expliquer. Il y a autant de divisions de *jurisprudence* qu'il y en a de livres de *jurisprudence* : expositive / critique, autoritaire / non-autoritaire, universelle / locale, interne / internationale, historique / vivante, ...etc. On pourrait continuer le travail de division et de subdivision, ce qui pourrait sembler interminable. Mais une fois arrivé au dernier rang de divisions, le terme sera théoriquement, proprement, et complètement défini. Malgré leurs multiples ramifications, il n'y a au fond que quatre existences sur la table : le terme et l'objet représenté du référent — en l'occurrence, « livre de *jurisprudence* » —, puis le terme et l'entité fictive de ce qu'il s'agit de définir — « *jurisprudence* ». Cette méthode scientifique démontre ainsi qu'il n'y a aucune épaisseur significative possible en dehors de cette correspondance entre les choses et leurs noms, qui ne peut se multiplier qu'en toujours plus de mots et de choses, et qu'aucune idée pure en tant que telle ne peut pas intervenir uniquement parce qu'elle apparaît dans la pensée. « ...le droit (*law*), dans son **sens** le plus indéfini, est un **terme abstrait et collectif** qui, lorsqu'il a un **sens**, ne peut signifier **ni plus ni moins que la somme** totale d'un certain nombre de lois individuelles prises ensemble. »¹⁷³ Voilà la version benthamienne de la démystification de la science.

¹⁷² *Ibid.*, p. 336-337.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 337. C'est nous qui soulignons.

II *L'abondance, la continuité, et la finitude*

Mais la véritable importance de cette vision ne réside pas tant dans le caractère ontologique de sa composition que dans l'ordre d'organisation qui résulte inévitablement de cette ontologie. Le fait que ce champ d'étude est conçu seulement comme composé d'entités réelles et fictives — bien fondée ou non —, à la manière d'un tout composé d'unités dénombrables, implique que chaque élément y occupe une place et que, aussi infini semble-t-il, le nombre d'éléments peut être théoriquement déterminé. À ce titre, les interventions scientifiques consistent, dans un premier temps, à filtrer et à supprimer les entités que Bentham qualifie de fabuleuses — lesquelles ont été créées par des appellations non fondées, c'est-à-dire inexplicables ni par la classification, ni par la paraphrase —, et à modifier les appellations impertinentes des entités pourtant justifiées ; en un mot, déblayer le champ d'étude. Dans un second temps, il s'agit de donner un ordre à cet immense champ, c'est-à-dire relier les éléments composants avec certaines logiques, que ce soit par le classement, la division, ou le traitement des fictions. Même si ces deux étapes sont logiquement distinguées, dans la pratique, Bentham les opère souvent en même temps sur un même groupe de notions.

Trois traits principaux peuvent être observés dans cette entreprise scientifique. Le premier qui saute aux yeux est l'abondance des éléments à traiter, marquée par une répétitivité dans le mouvement des opérations scientifiques. S'y ajoutant la méthode linguistique que Bentham n'hésite pas à faire remarquer, ses raisonnements donnent parfois l'impression de prendre la forme d'un dictionnaire. « Faire en sorte que les gens pensent que... vous vous êtes rendu coupable d'un [acte]..., c'est ce qu'on peut appeler la *diffamation*. [... Un homme] manifeste son manque de bonne volonté à votre égard... [lorsqu'il] l'exprime par des mots, ... l'infraction peut être appelée *calomnie*. Lorsqu'il l'exprime par des actions..., l'infraction peut être qualifiée d'*affront personnel*. Si cela va jusqu'à [vous] toucher dans [votre] corps, il s'agit d'un *affront physique* ; si cela ne va pas jusqu'à ce point, on peut parler d'*affront menaçant*.... ».¹⁷⁴ Si on enlève toutes les précisions, toutes les discussions portées sur des valeurs substantielles, les critiques

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 268.

des notions non fondées, les expositions sur les méthodes, sur les objectifs, et sur la portée du texte, etc., de cette préparation théorique censée déboucher sur un code final, celle-ci devrait, si elle était accomplie de la manière imaginée par Bentham, se composer des suites des phrases de définition. Définir, c'est tout ce qu'il faut faire quand on possède déjà toutes les réponses sur ce que le législateur doit faire, réponses qu'il suffit de retirer, au besoin, des formules déployées à partir du principe d'utilité. « Un vocabulaire est un accompagnement, ou plutôt un ingrédient, nécessaire à un Digeste du Droit. Une fois le Digeste et le vocabulaire composés, le Droit cessera d'être une Science. Les seules questions débattues à la Cour de Justice resteraient des questions de faits. »¹⁷⁵ Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de souligner la particularité de ce « dictionnaire » benthamien par rapport au fonctionnement d'un dictionnaire normal : en plus de donner la définition des mots qui existent déjà dans l'usage, il s'agit aussi et surtout, inversement, de donner un nom à la chose par laquelle celui-là devra désormais être défini — comme le démontre ce passage concernant les atteintes à la réputation. Tout en se manifestant sous la forme d'affirmation, ce deuxième sens de « définir », qui est en fait un processus d'**institution** déguisé en un processus d'explication, marque la position de Bentham qui se veut créateur d'un nouveau dessein juridique.

Le deuxième trait marquant est que ce champ d'étude tel qu'il est perçu par Bentham, se présente comme une sorte de continuum — effet inévitable créé par la multiplicité des choses qui, en ayant chacune leur place et en étant distinctes l'une de l'autre, sont égales en termes de valeurs scientifiques. Certes, pour faciliter les analyses, ou pour une raison pragmatique ou pédagogique, il est possible de diviser les connaissances en domaines ; on peut également choisir de mettre en avant certaines idées considérées plus importantes que d'autres ; on est même parfois obligé, pour quelconques raisons, de conclure un ouvrage avant d'en entreprendre un autre qui lui est pourtant lié, comme dans le cas de Bentham avec sa série d'ouvrages censés constituer une seule introduction du code pénal. Mais tout cela ne se fait qu'à partir du moment où un certain but est imposé à l'entreprise scientifique dont il est question. Même quand les divisions

¹⁷⁵ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », *op. cit.*, p. 157.

sont nécessaires, cela ne change pas le fait que des entités puissent avoir un rapport intime entre elles même appartenant à de différentes catégories.

Cette tendance à voir une sorte de continuité dans son travail scientifique, nous l'avons déjà rencontrée dans la manière dont la pensée de Bentham se meut entre différentes disciplines, au point que, pour un penseur aux intérêts aussi éclectiques, la morale, le droit, et l'éducation ne sont pas trois domaines séparés, mais partagent le même objectif et une base très vaste des principes fondamentaux. Mais ici nous ne parlons pas vraiment de la prise de conscience de l'importance des rapports interdisciplinaires, mais du fait que, quelle que soit la discipline, sous des regards scientifiques tels que ceux de Bentham, on aura toujours affaire au même type d'objet scientifique qui peut se réduire à un même type d'unité (entité réelle ou fictive ; existence complète ou seulement linguistique) que l'on ne peut saisir que par le même type de techniques d'analyse (l'association entre les mots et les choses). C'est le même type de questions qui se posent sur des objets ayant la même structure ontologique, et rien ne peut les empêcher, dans un contexte donné, d'avoir un sens dans un tout autre registre que celui auquel on est habitué, en rapport avec d'autres objets qui ne sont traditionnellement pas classifiés dans la même catégorie qu'eux. Le continuum qui s'étend d'un domaine à un autre est donc une nécessité théorique. C'est la raison pour laquelle il est important pour Bentham, durant l'exposition de son plan, de décrire ce dernier comme un réseau qui se déploie tant vers l'intérieur que vers l'extérieur, tout en y instaurant une sorte de frontière ; car il n'y a pas de frontières naturelles dans cette immense plaine des entités, et il faut savoir où continuer et s'arrêter. Relier et distinguer — ces deux mouvements opposés ne cessent de se répéter. C'est ainsi que Bentham qui s'est engagé dans une introduction du droit pénal, se retrouve finalement en train de penser les principes communs et à la morale et au droit. De la même manière, c'est seulement vers la fin de *IPML* qu'il est confronté au besoin de déterminer la frontière entre le droit pénal et le droit civil, leur différence n'étant pas une évidence quand tout est placé au-dessous du même principe d'utilité et que l'on ne peut avancer rigoureusement que d'entité en entité. Et c'est encore dans la même optique qu'il reviendra, neuf ans plus tard dans la préface, insister sur ce qui aurait dû être ajouté afin de donner une image plus complète de ce réseau d'idées dans lequel est censé s'installer son projet de

codification, réseau qui s'étend toutefois au-delà du droit pénal, ou du droit tout court, voire de la rationalité générale de la morale :

En tant qu'introduction aux principes de la *morale*, en plus de l'analyse qu'il contient des idées vastes signifiées par les termes *plaisir*, *douleur*, *motif* et *disposition*, il [l'auteur de *IPML*, donc Bentham lui-même] aurait dû donner une analyse similaire des idées non moins vastes, quoique bien moins déterminées, qui sont attachées aux termes *émotion*, *passion*, *appétit*, *vertu*, *vice* et à d'autres, y compris les noms des *vices* et des *vertus* particuliers. [...] Il faut ajouter qu'en tant qu'introduction aux principes de la *législation en général*, il devrait plutôt avoir inclus des éléments appartenant exclusivement à la branche *civile*, que des éléments plus particulièrement applicables à la branche *pénale*, cette dernière n'étant qu'un moyen d'embrasser les fins proposées par la première. De préférence, donc, aux divers chapitres relatifs à la *punition*, ou du moins de façon prioritaire par rapport à eux, il aurait dû exposer un ensemble de propositions qui, depuis, se sont présentées à lui comme constituant une norme pour les opérations accomplies par le gouvernement, dans la création et la distribution des droits relatifs à la propriété et des autres droits civils. Il veut parler de certains axiomes de ce qu'on peut appeler la *pathologie mentale*... [...] ^a

[Note a] Par exemple. — *Il est pire de perdre que de se borner à ne pas gagner* — *Une perte semble plus légère si elle est partagée* — *La souffrance d'une personne à qui l'on fait du mal pour satisfaire son inimitié est plus grande que la satisfaction produite par la même cause*. Ces propositions [...] peuvent aussi bien prétendre à l'appellation d'axiomes que celles que les mathématiciens présentent sous ce nom... ¹⁷⁶

Mais rien ne représente plus clairement ce continuum conceptuel en tant que caractère remarquable d'une certaine épistémè que l'ambition originelle de Bentham : commençant par une introduction d'un plan de code pénal, il pense terminer le projet par la rédaction du code *in terminis*, tous les deux accomplis dans un seul et même volume. Compte tenu de sa manière d'y procéder révélée plus tard par les travaux réalisés dans l'ouvrage, l'idée que cela soit faisable doit sembler surprenante. Et ce n'est pas seulement pour l'énorme travail qui résulte nécessairement de son cheminement partant d'aussi loin que du savoir sur la nature psychologique de l'humain, mais surtout pour ce qui est présupposé dans la méthodologie derrière cette perspective : une sorte de compatibilité évidente entre la manière d'exposer un plan et celle de rédiger un code. Si cela ne signifie pas que chaque étape de cette construction ne

¹⁷⁶ *Introduction aux principes de morale et de législation, op. cit.*, p. 17.

nécessite pas de facultés ou de techniques différentes, il y a au moins l'idée d'une continuité dans les changements de l'une à l'autre. C'est justement ce que l'on peut constater lorsque l'on entre au beau milieu de la deuxième partie de ce projet d'introduction, à savoir le *Limits* — lorsque, en partant du principe d'utilité, des peines et des infractions, on est passé par la recherche de la limite du droit pénal pour finir par se retrouver parmi les discussions portées sur les techniques de codification pour structurer un code de manière plus efficace et économique (nous aurons l'occasion ultérieurement d'exposer cette partie plus en détails). Tout le long, on observe ses méthodes familières : classement, division, *paraphrasis*, et définition — en somme, traiter et ordonner les entités à travers leur représentation linguistique, et surtout celles qui sont classées comme fictives. La conception de cet énorme projet qui paraît à nos yeux contemporains non pragmatique, si ce n'est irréaliste, est sans doute un chemin évident pour Bentham, puisqu'elle est due à sa manière singulière de penser la science, ou de penser les choses scientifiquement : les unités ontologiques apportant chacune leur portion de connaissance, il suffit théoriquement de les parcourir toutes pour déboucher sur un édifice qui serait la solution juridique pour la communauté politique. Mais elle peut aussi venir d'une exigence qui part dans l'autre sens : l'objectif étant de réaliser une solution du droit pénal qui serait la seule à être scientifique, il faut une cohérence méthodologique au travers de laquelle s'effectuent les diverses tâches et compétences dont a besoin un projet aussi complexe qu'un code. Et comme la science est au fond à la fois l'objectivation d'une certaine vision et la tentative de comprendre ce que l'on a découvert d'objectif, ces deux explications sont peut-être les deux faces d'une seule et même pièce.

Ces deux traits principaux du modèle épistémologique benthamien nous conduisent au troisième, sans lequel, pourtant, les deux premiers n'auraient pas de sens. Il s'agit du fait que, malgré la multiplicité et la continuité, dans la mesure où le regard scientifique est lancé sur le champ d'étude, celui-ci se montre épuisable, sa portée est théoriquement déterminable. Cette idée de limite est nécessaire, sans quoi on tomberait immédiatement dans une étendue incommensurable, un abîme conceptuel, de telle sorte que pour pallier cette infinité à laquelle on fait face, on se retrouverait à créer des concepts à valeur circulaire et éternelle, comme le Droit Naturel ou le Contrat Social,

qui ne peuvent être justifiés que par eux-mêmes. L'idée de limite est aussi l'idée d'émergence de l'homme dans son rôle à assurer la rationalité du monde. Le regard scientifique moderne, avec ses techniques, consiste à convertir des infinitudes concrètes en des abstractions limitées, ainsi son objet devient entièrement et précisément saisissable, et alors sa multiplicité et sa continuité rompent avec le chaos et l'éternel, sur lesquels l'humain n'a pas prise, et se rangent dans l'ordre rationnel. Qui plus est, si un objet est considéré comme rationnel, alors plus il est complexe, plus abondante est la quantité de savoir qu'il est censé contenir, car le regard scientifique impose que tout ce qui est contenu dans sa limite devienne le minerai d'où une richesse de connaissances peut être probablement extraite. On ne peut qu'imaginer que pour Bentham, quand les entités commencent à s'accumuler autour de lui, il est de plus en plus crucial de retracer la finitude théorique, et que dans cette mesure, celle-ci fonctionne à la fois comme la mesure de la qualité scientifique, le guide d'orientation, et le but final qui encadrent la réalisation d'un projet particulier. Et si à plusieurs reprises on voit chez Bentham deux tendances opposées — tantôt il entre dans les détails et énumère toute division d'une entité dès que la complexité de celle-ci le sollicite ; tantôt il renonce à mener à son terme l'exposition qu'il a déjà entamée sur un certain sujet, afin de ne pas lasser ses lecteurs par des suites de pages remplies des répétitions du même type d'analyse — c'est justement parce que, dans la théorie, il voit (il pense pouvoir voir) déjà où se trouve la fin.

III La définition de la définition

Cette finitude théorique, qui marque la possibilité d'une saisie complète de la connaissance d'un certain objet d'étude et, dans le même temps, s'impose comme un objectif qui exige davantage d'efforts scientifiques, joue un rôle décisif dans la manière dont Bentham conçoit la procédure de **définition**. Comme le champ d'étude ne se compose que d'existences soit réelles soit linguistiques qui, sauf à l'aune de l'utilité, ne possèdent aucune valeur naturellement distinctive, la complexité d'une entité ne réside pas en elle-même, mais dans la multiplicité de ses rapports aux autres ; son importance n'est pas mesurée par sa profondeur individuelle, mais par son étendue contextuelle. Et l'une des missions de la science est bien évidemment de vaincre cette

complexité. Par conséquent, définir, c'est loin de dire l'essence d'une chose — il n'y a aucun sens de penser ainsi. Chez Bentham, la définition va bien au-delà de la compréhension courante du terme, et consiste à exposer, d'un côté, la totalité des entités nécessaires s'enchaînant pour rendre compte de la signification d'un mot (l'aspect linguistique d'une entité), jusqu'à l'épuisement :

Il n'est pas possible de déterminer proprement la signification des mots à travers un assemblage de Définitions non-connectées. Il n'est pas possible qu'un corps de Définitions non-connectées puisse être juste. Il n'est pas possible d'expliquer la signification de chaque terme par la forme ordinaire de la Définition *per genus et differentiam*. Il n'est pas possible de retracer la dépendance de la signification de chaque mot de lui-même immédiatement jusqu'à des idées simples. Nombreux sont les termes qui nécessitent d'autres termes pour les définir, de telle sorte que non seulement ils ne représentent pas d'idées simples, mais même leurs définitions ne permettent pas de les relier à des idées simples.¹⁷⁷

Aucune Définition ne peut être bonne, à moins qu'elle ne retourne à des idées simples, qu'elle s'intègre dans une chaîne ininterrompue d'autres Définitions dont la première se lie à des idées simples.¹⁷⁸

Et de l'autre côté, la définition consiste à exposer la totalité des représentations de l'entité en question, représentations résultant de tous ses rapports aux autres entités et dues à toutes les diverses circonstances, jusqu'à l'épuisement. Bentham transcrit dans ses notes un passage de Christian Wolff cité par le médecin et botaniste François Boissier de Sauvages dans son ouvrage établissant une classification des maladies :

Une définition est une énumération des signes ni plus ni moins que ceux suffisants pour comprendre / reconnaître la chose définie, et pour la distinguer des autres.

*(Definitio est enumeratio notarum nec plurium, nec pauciorum quàm quæ ad rem definitam agnoscendam, et ab aliis discernendam sufficiunt.)*¹⁷⁹

¹⁷⁷ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », *op. cit.*, p. 157. Les majuscules sont de l'auteur.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 141.

¹⁷⁹ C. WOLFF, *Philosophia rationalis sive Logica, methodo scientifica pertractata et ad usum scientiarum atque vitæ aptata*, Francfort et Leipzig, 1728, p. 190 ; F. BOISSIER DE SAUVAGES, *Nosologia methodica sistens morborum classes, genera et species*, s. 1., 1763, Tome 1^{er}, p. 23 ; les deux cités par Bentham dans « Preparatory Principles : Inserenda », *op. cit.*, p. 141. Nous basons notre traduction sur la transcription, fournie par l'éditeur de « Inserenda » (voir note 3 de la même page), d'une édition anglaise de l'ouvrage de Wolff apparue en 1770 à Londres, sous le titre *Logic, or Rational Thoughts on the Power of the Human Understanding*.

Et Bentham va même jusqu'à soutenir que :

La définition n'est qu'une énumération de fortune (*a make-shift for enumeration*) : elle n'est utilisée que parce que tous les éléments à énumérer ne sont pas connus, ou, s'ils sont connus, parce qu'ils sont trop nombreux pour être mentionnés. Par conséquent, dans le cas où ceux-ci sont connus et que leur nombre se situe dans des limites acceptables, l'énumération est toujours préférable.¹⁸⁰

La définition, la vraie et non pas celle de la version simplifiée, devrait être une chaîne ou une énumération qui ne peuvent être infinies, car elles sont (théoriquement) à la portée de la science. Si elles n'y sont pas encore complètement déployées, c'est simplement une question d'avancement du travail scientifique et non pas une question de possibilité — l'entreprise de la science l'exige. C'est pour cela que la définition, telle qu'elle est entendue dans l'usage courant, ne peut qu'être une solution temporaire ou raccourcie pour contourner la difficulté de l'énumération, car celle-ci est la véritable solution, scientifiquement parlant. Idéalement donc, le processus de définir ne doit pas s'arrêter avant d'atteindre l'accomplissement total, à l'instar d'un problème mathématique qui ne peut être considéré comme réellement résolu qu'à l'obtention du résultat final. Ceci étant, en fonction de la situation et de l'objectif de l'exposition, il n'est sans doute pas toujours nécessaire d'arriver jusqu'au bout, la réponse étant déjà déterminée par la formule — il y a la théorie et il y a la pratique. Mais chez Bentham, la persistance théorique semble prévaloir plus souvent que les considérations pragmatiques. Voilà la définition de définition pour Bentham.

IV Une distinction qui associe, une limite qui accomplit

Revenons de nouveau à *IPML*. Nous sommes maintenant devant le dernier chapitre qui, et ce n'est pas fortuit, s'intitule *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*. On comprend mieux maintenant l'enjeu de ce chapitre et la raison pour laquelle il en est question à ce stade du raisonnement, et non pas à un autre moment. En effet, d'aucuns peuvent bien se demander pourquoi une introduction pour un code pénal ne

¹⁸⁰ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », *op. cit.*, p. 202.

commence pas d'abord par une brève présentation des différentes branches de la *jurisprudence* afin de discerner l'objet qui occupe l'auteur et d'avoir une idée de l'ampleur du travail, et pourquoi il faut parcourir tout le volume pour que la distinction entre le droit pénal et le droit civil soit en question. Ce doute n'aurait cependant jamais eu lieu d'être pour Bentham, et maintenant nous avons saisi suffisamment d'éléments pour expliquer pourquoi.

D'abord, au-dessus de l'immense champ d'étude de la morale, qui n'est composé que de mots et de choses, il n'y a que deux lumières : le principe d'utilité qui révèle des matières pour composer des axiomes, et l'esprit scientifique capable de formuler ces derniers. Les mots peuvent bien prétendre que les choses possèdent intrinsèquement telle ou telle qualité et que, de ce fait, des principes s'établissent naturellement parmi elles, la science ne s'arrête à aucune d'entre elles en particulier et porte son regard sur la totalité des connaissances potentielles. La répartition de ce champ d'étude ne s'opère que quand les objectifs du projet scientifique sont concrètement déterminés. Et il faut que cela soit fait de manière suffisamment nette et complète pour que, à ce moment-là seulement, la limite du travail se révèle. Il est donc hors de question pour Bentham que son raisonnement ne commence pas avec les lumières de l'utilité, seules boussoles lui permettant de cheminer sur une étendue tellement vaste que, si cela n'avait pas été en vue d'une codification, la branche pénale n'aurait pas paru en tant que catégorie distincte. Il y a aussi le fait qu'il se retrouve dès le début sur un type de loi — la branche pénale, en l'occurrence — qui se rapproche plus que d'autres branches du mécanisme de la réglementation utilitaire. Ce qui fait que dans un premier temps, il peut avancer tout droit en s'appuyant sur les calculs utilitaires, jusqu'au point d'élaborer les notions et les principes fondamentaux à un code, sans qu'il y ait de grands empêchements dans le raisonnement. Si la question de la limite surgit seulement à ce moment-là et non pas plus tôt, c'est bien parce qu'auparavant la question ne se posait pas encore. Et si, en revanche, cette question est devenue non seulement pertinente, mais surtout incontournable à ce moment précis, — et voici le troisième élément qui entre en jeu — c'est bien parce qu'il ne s'agit pas de la recherche d'une limite pour diviser, mais d'une limite pour accomplir ; ou tout au moins, de la manière de savoir où se trouve théoriquement l'accomplissement. À ce titre, seuls des intérêts

concrets peuvent susciter un besoin de distinguer les éléments qui seraient autrement égaux, et nous soutenons qu'en l'occurrence il y a deux considérations qui ont porté Bentham à entreprendre cette opération de distinction.

La première est la moins évidente des deux mais peut être inférée depuis l'ensemble des manières de raisonner de Bentham. Celle-ci concerne le souci de perfection pour un savoir, dans le sens où il cherche à maîtriser toutes les facettes de l'objet d'étude comme quelque chose de déjà posé sous ses yeux. Il s'agit maintenant de déterminer la portée des fonctions principales du droit pénal, cette fois-ci à travers leur rapport avec d'autres fonctions qui n'ont pas encore été explorées. Ainsi, après avoir terminé l'énorme chapitre sur la division des infractions, Bentham se pose la question suivante :

[Maintenant qu'il a été établi] qu'une infraction est un acte interdit, ou (ce qui revient au même) un acte dont le contraire est commandé par le droit : dans quels buts fait-on usage du droit, mis à part ceux d'interdire et de commander ?¹⁸¹

¹⁸¹ *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, op. cit.*, p. 281 ; ou *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence, op. cit.*, p. 3. L'interprétation de cette phrase, si simple en apparence, s'est avérée délicate. La phrase originelle dit : « *Now an offence is an act prohibited, or (what comes to the same thing) an act of which the contrary is commanded by the law: and what is it that the law can be employed in doing, besides prohibiting and commanding?* » D'après le sens littéral de la phrase, il semble bien que dès le début Bentham considère le droit comme comprenant d'autres fonctions que l'interdiction et le commandement, ce dont se charge le droit pénal, et qu'il convient, à partir de là, d'identifier ces autres fonctions. Plus loin, il explique que même si la tâche ne sera pas facile, il faudra bien trouver la limite qui sépare les branches civile et pénale, « *lest, on the one hand, we should seem to leave any part of the subject that does belong to us untouched, or, on the other hand, to deviate on any side to a track that does not belong to us.* » (*Id.*) Il semble donc que son souci ici est de s'assurer que tout ce qui concerne le droit pénal sera inclus dans cette étude. Sauf que, avant d'en arriver là, Bentham a laissé deux phrases qui fonctionnent comme une sorte de transition d'un chapitre à un autre, mais qui, à les lire avec la première phrase en question, semblent changer complètement le sens de celle-ci et du passage entier. Elles sont rédigées comme suit :

... and what is it that the law can be employed in doing, besides prohibiting and commanding? It should seem then, according to this view of the matter, that were we to have settled what may be proper to be done with relation to offences, we should thereby have settled every thing that may be proper to be done in the way of law. Yet that branch which concerns the method of dealing with offences, and which is termed sometimes the criminal, sometimes the penal, branch, is universally understood to be but one out of two branches which compose the whole subject of the art of legislation; that which is termed the civil being the other.

Les considérations exprimées par ces deux dernières phrases laissent entendre que ce que Bentham voulait suggérer au début, n'est pas le fait qu'il y a clairement d'autres fonctions que l'interdiction et le commandement dans le droit, mais le fait qu'il existe une idée courante consistant à penser le droit comme composé uniquement de ces deux fonctions, de telle sorte qu'il suffit de parcourir toutes les infractions pour épuiser le contenu du droit ; idée que Bentham réfute aussitôt, comme on le constate dans la dernière phrase. La première phrase en question devrait être lue, dans ce cas-là, beaucoup plus étroitement que ce que l'étendue de son sens littéral peut contenir, et c'est sans doute ce que propose l'édition française lorsque son traducteur entend le mot « *besides* » dans le sens d'« *except* » ou « *but for* » et, de ce fait l'a traduite comme suit : « Or une infraction est un acte interdit ou, ce qui revient au même, un acte dont le contraire est commandé par la loi : et dans quel but a-t-on recours à la loi, sinon pour interdire et commander ? »

Le sens de ce passage entier nous laisse perplexe. Premièrement, parce qu'il est très peu probable que quiconque dans le monde du droit pense que le système juridique entier ne concerne que des infractions, et deuxièmement, parce que le passage est formulé de telle manière que c'est comme si l'objectif de l'ouvrage ne se limitait plus au droit pénal, mais s'étendait au système juridique tout entier. Or, cela n'est pas le cas, ni pour l'un ni pour l'autre.

Nous ne sommes pas en mesure de résoudre un propos en nous substituant à son auteur alors que celui-ci n'est pas parvenu à lui donner une cohérence. L'explication hypothétique que nous ferions pour cette situation est que l'ordre logique du

Le savoir porté sur la catégorie du droit pénal ne peut pas être considéré comme accompli si l'on ne saisit pas encore ce qui, par rapport à la classe à laquelle appartient le droit pénal — la classe désignée par le terme générique de « droit » —, constitue sa particularité, ni de quelle manière. La manière dont Bentham disséquera toutes les parties composantes d'une unité de loi — la grande mission de *Limits* —, ne serait-ce que pour pouvoir bien nommer distinctement chaque partie, afin de **définir** la branche pénale en énumérant les composants nécessaires pour l'identifier — *definitio est enumeratio notarum nec plurium, nec pauciorum quàm quæ ad rem definitam agnoscendam, et ab aliis discernendam sufficiunt* — rejoindra cette idée de déterminer le rôle de ces deux fonctions, interdire et commander, dans l'ensemble du fonctionnement d'une loi complète.

Le deuxième enjeu, le plus important, est exigé non par la logique du raisonnement mais par la nature du projet de codification, et les questions qui suivent ne portent pas sur l'identité de l'objet d'étude — en l'occurrence, les infractions — mais sur ses probables représentations sous la forme d'un code. Ici, le cheminement de Bentham semble être à rebours de l'ordre logique qu'il s'est lui-même proposé. En effet, pour qu'une loi pénale puisse être applicable, il est évident que l'idée d'une infraction en tant qu'action interdite ou ordonnée par le droit, certes message principal de cette loi, n'est pas suffisante. Il va falloir que l'on dispose aussi des outils conceptuels pour déterminer exactement comment, selon le cas, elle devrait être appliquée, dans quelles circonstances, sur combien de personnes et lesquelles, par ordre de qui, sous quelle forme d'expression, avec quelle efficacité, dans quel but, etc. Tout ceci nécessite des discussions sur les notions avec lesquelles seulement on peut commencer à imaginer le visage concret d'une loi. Le problème, que l'on pourra constater rétrospectivement grâce à un détour par *Limits*, c'est que Bentham a déjà décidé que seule la partie qui porte le message impératif de la loi appartient à la branche pénale, les autres, toutes celles qui définissent les conditions sous lesquelles l'application de la loi devrait avoir

raisonnement de Bentham est troublé par le fait qu'il avait déjà sa propre réponse pour la limite du droit pénal, et qu'il préparait en réalité sa problématique de *Limits* rétrospectivement. Voir notre développement sur ce point à la page suivante. En raison de l'ensemble de la situation expliquée ci-dessus, nous avons opté pour le sens littéral de la phrase et avons proposé une autre traduction que celle de l'édition française à laquelle nous nous sommes référés jusque-là pour la plupart des citations de *IPML*.

lieu, les objets sur lesquels elle devrait s'exercer, et la manière de cette application, n'étant pas incluses dans les simples fonctions d'interdiction et d'ordonnance, sont autant de contenus dont s'occupe la branche civile. C'est donc chose évidente « qu'il y a forcément entre ces deux branches un lien très intime, ...si intime que les limites entre elles ne sont nullement faciles à déterminer »¹⁸², comme le dit Bentham, même avant qu'il ne commence son enquête sur ce sujet. Car la branche pénale ne peut fonctionner sans la branche civile, les éléments de la première se trouvant obligatoirement accompagnés par les éléments de la seconde dans une seule et même loi. Si Bentham n'avait pas défini ces autres composantes encadrant l'application d'un commandement comme appartenant à la branche civile, si la classification des éléments avait été envisagée d'une autre manière, il n'aurait sans doute pas été question de distinguer les deux branches. C'est dire que sa manière de poser la question s'explique déjà par la réponse qu'il s'est donnée. C'est dire aussi que, son véritable souci à ce moment-là, malgré lui, n'est peut-être pas de distinguer le pénal et le civil, mais de les associer, et d'expliquer comment un impératif juridique devrait être inscrit dans un dispositif concret tel que la loi, et comment celui-ci est composé et à partir de quelles conditions il peut être considéré comme fonctionnel. Il en est sans doute ainsi que Bentham semble être pris dans une sorte de nœud de la pensée : il faut à la fois continuer à avancer comme si tout était exigé par le raisonnement, par les mouvements de classification et de division qui ont progressé jusque-là, et, dans le sens inverse, remonter depuis la perspective finale du projet pour fixer la question de départ. Un nœud que l'on peut sans doute considérer comme symptomatique du fameux problème qu'il rencontrera dans *Limits*, problème que, des années plus tard lors de la publication de *IPML*, il qualifiera de labyrinthe métaphysique. Nous discuterons de ce point dans la Section 2 du Chapitre suivant.

Une conjoncture résultant à la fois d'un système ontologique particulier, des méthodes scientifiques propres à Bentham, de l'objectif de son projet, et des circonstances concernant la réalisation du texte — voilà le contexte dans lequel surgit la question de la distinction du droit pénal, question qui a fait naître *Limits* et dont le véritable sens ne peut qu'être ambigu. Et nous soutenons que le mouvement général de cette évolution

¹⁸²J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., p. 323.

est mu par une volonté d'accomplir une enquête et une perspective, plutôt que d'isoler un domaine qui serait naturellement identifiable ; de coordonner les différentes entités bien distinguées et localisées l'une par rapport à l'autre, plutôt que d'en prôner une particulière qui serait plus essentielle que les autres.

Nous ajoutons également que, concernant la définition de la loi qui apparaît dans la troisième section de *Limits*, il s'agit plutôt d'un processus nécessaire en vue de **compléter** cet énorme projet que de simplement apporter une clarté formelle sur un objet qui s'appelle le droit ; ajoutons en outre que, de toute façon, ce dernier but est nécessairement déjà inclus dans le premier consistant à avancer le projet vers son achèvement ; ajoutons enfin et surtout que cette question de la définition de la loi posée de la manière dont Bentham l'a posée, n'aurait pas eu plus d'importance que la définition d'autres objets, si cela n'avait pas été dans le but de construire une jurisprudence telle qu'il l'envisageait. En tout état de cause, ces quelques lignes en lesquelles l'objet-loi benthamien est défini, ne sont en réalité que le **résumé** de la véritable définition — énumération — que Bentham s'essaie à finaliser par l'ouvrage entier de *Limits*. En conséquence, pour répondre à notre interrogation concernant l'indépendance de la problématique de la conception du droit, la réponse qui correspondrait à la situation épistémologique dans laquelle Bentham se trouve serait ainsi : la question de définir le droit n'a pas de valeur indépendante **en soi**, comme si n'importe qui pouvait un jour se retrouver confronté à elle et à elle seulement ; et la raison en est la même que celle pour laquelle elle obtient finalement une valeur indépendante contextuelle, dans la mesure où cette indépendance est requise pour atteindre l'objectif par lequel la science du droit trouve sa raison d'être.

Chapitre 3 Un manuel pour gouverner par le droit

Section 1 Bentham l'horloger et la fiction en tant que technologie intellectuelle

Mais la fiction, nous l'avons dit, n'est pas seulement ce à travers quoi Bentham reconnaît et ordonne le monde objectivé par lui-même, mais aussi l'aspect technique de son dessein destiné à le transformer — la deuxième dimension nécessaire d'une science. S'il existait vraiment une rupture dans le système conceptuel de Bentham, on ne la trouverait nulle part dans le continuum ontologique que nous avons exposé plus haut ; par contre, elle se trouverait entre le processus de saisir le continuum et celui d'en produire un autre. Ou il faut plutôt dire un seuil, au lieu d'une rupture, entre la compréhension et la conception, deux opérations qui ne cessent de se croiser, sans doute bien plus profondément que ce que croit Bentham qui désapprouve autant les confusions entre exposer et censurer, entre le commandement effectif et la pure opinion, et entre le réel et le fictif. Pourtant, comme nous l'avons établi dans le premier chapitre, le véritable problème pour Bentham n'a jamais été le croisement de ces deux mondes, mais la bonne manière de les articuler. La science est une technique qui fait coopérer ces deux parties, qui fait passer le raisonnement de l'une à l'autre, et qui joue avec cette capacité de l'humain consistant à croire à l'existence de ce qu'il souhaite voir réalisé, et à construire lui-même des systèmes en pensant qu'ils ont toujours existé. La manipulation de ces opérations, voilà l'art de la fiction. Et Bentham en est un grand maître et théoricien comme on en trouve rarement dans l'histoire.

Tout est résolument inversé dans ce passage d'une dimension à l'autre. La fiction qui posait le plus grand problème à l'encadrement des institutions, censées être claires et justes pour tout le monde, devient la meilleure solution pour leur fonctionnement. Le Bentham qui ne reconnaissait que l'existence des mots et des choses, se retrouve en train de créer lui-même des concepts fictifs. Mais le véritable trait de génie reste le changement dans la logique de l'art de la fiction : si, dans la première phase qui est

celle d'exposition / compréhension, il s'agit de détromper sur la fausse existence du fictif et de le reconnaître en tant que fictif, dans la seconde phase, celle de conception / création, il s'agit de faire fonctionner le fictif dans le réel — voire de le faire passer, s'il le faut et au nom de l'efficacité, vraiment pour du réel — mais tout en visant l'ultime objectif : que finalement le fictif reste complètement et définitivement dans le fictif, que son effectivité soit concluante justement du fait qu'il soit fictif. Ainsi sera atteint la plus haute efficacité au regard de l'utilitarisme : des changements réels sans dépense réelle. Un rien qui agit sur le réel ; un rien qui, puisque l'effet souhaité est déjà chose établie, peut ne plus exister du tout, et régresser à la même catégorie que les légendes. En ce sens, on peut dire que le but de la science — ou plutôt, l'art — juridique benthamienne consiste à créer un autre ordre naturel qui ne fonctionne, tout comme son adversaire le Droit Naturel, que par son effet de « comme-si ». Ou plutôt, elle prétend réécrire cette fable de l'ordre naturel avec une rationalité moderne, mais qui ne reste pas moins une fable, dont le but final est que la *jurisprudence* ne soit plus une science, et que la raison d'être du droit s'explique par la possibilité qu'un jour on n'aura plus besoin d'y recourir — ainsi ils auront accompli chacun leur mission. Cette finalité que l'on peut qualifier d'utopique est théoriquement nécessaire pour fixer l'orientation et l'organisation de la structure juridique telle que Bentham la conçoit :

... il y a quatre buts ou objectifs subordonnés qu'un législateur dont les vues sont gouvernées par le principe d'utilité est naturellement amené à se proposer au cours de ses tentatives, afin d'atteindre, autant que possible, cet objectif général.

Son premier objectif, le plus vaste et le plus louable, est d'empêcher toutes les sortes d'infractions qui existent, autant que possible et quand c'est avantageux, en d'autres termes, de faire en sorte qu'aucune infraction, quelle qu'elle soit, ne soit commise.¹⁸³

Car le but final du droit ne consiste pas à imposer la punition, mais à créer l'obéissance. Il faut que cette institution soit effective non seulement dans la pratique, mais surtout dans l'esprit. D'où l'importance d'évaluer son efficacité à partir de ses effets psychologiques, notamment à travers la création des attentes chez les individus à qui le droit s'adresse :

¹⁸³ *Ibid.*, p. 203.

Un mode de conduite n'est productible qu'à travers des motifs.

Un motif est une attente de Douleur ou de Plaisir.

[...] Quand les actes de Puniton atteignent un certain nombre, ceux-ci pourraient être perçus comme se développant en une habitude — en une habitude de Puniton. Appliquée à un certain mode de conduite, l'habitude de Puniton peut acquérir l'effet d'un commandement — un qui ordonne que ce mode de conduite ne soit pas pratiqué. Et c'était une habitude de Puniton qui, suivant un certain mode de conduite lorsqu'on fait de celui-ci l'objet d'un commandement, aurait pu elle-même former le lien originel entre le commandement et l'attente de Douleur et de Plaisir. L'obéissance, donc, peut être produite de l'une ou l'autre de ces deux manières : premièrement, par une habitude de Puniton ; deuxièmement, par le commandement, lorsqu'il est entendu comme soutenu par la Puniton en cas de désobéissance.¹⁸⁴

Et bien évidemment, on ne peut pas parler de l'art de fiction de Bentham sans mentionner l'exemple par excellence : son projet du Panoptique¹⁸⁵, conçu originellement comme une théorie pour l'architecture d'inspection qui, selon la lecture de Foucault dans le cadre de ses recherches sur la société disciplinaire, porte un plus grand potentiel en tant qu'architecture pour la théorie d'inspection.¹⁸⁶ Avec le jeu d'invisibilité créé par la configuration de la structure circulaire et la tour centrale, qui provoque paradoxalement un sentiment de visibilité et de surveillance permanentes, l'impossible finalité de ce modèle d'inspection qui cherche infiniment une meilleure efficacité est justement qu'il n'y ait plus besoin d'inspection du tout, car son effet consiste à inculquer le même édifice dans l'esprit de chacun des individus qui s'y trouvent physiquement, de sorte que le coût de l'inspection se rapproche du néant et que ces individus sont en majeure partie responsables de leur propre soumission à cet enfermement. Il ne faut pourtant pas confondre le Panoptique de Bentham, projet inscrit dans son programme utilitaire de réforme, et le panoptisme dont parle Foucault en faisant de Bentham sa figure centrale¹⁸⁷ : le fait que la structure panoptique est

¹⁸⁴ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », *op. cit.*, p. 202-203. Les majuscules sont de l'auteur.

¹⁸⁵ « Panopticon, or the Inspection-House », dans J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (éd.), Edinburgh, William Tait, 1838, vol. 4/11, p. 36-172 ; J. BENTHAM, *Panoptique : mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection, et nommément des maisons de force*, É. Dumont (trad.), Paris, Éd. Mille et une nuits, 2002.

¹⁸⁶ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 197-315 ; « L'œil du pouvoir », dans M. FOUCAULT, *Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, p. 190-207 (texte n°195).

¹⁸⁷ Pour des analyses approfondies sur la différence entre le projet du panoptique de Bentham et la lecture par Foucault portant sur ce projet, et sur l'ampleur de l'influence de cette optique foucauldienne sur les recherches académiques, voir A. BRUNON-ERNST, « Deconstructing Panopticism into the Plural Panopticons », dans A. Brunon-Ernst (éd.), *Beyond Foucault: New Perspectives on Bentham's Panopticon*, Farnham, Burlington, Ashgate, 2012, p. 17-41 ; A. BRUNON-ERNST et G. TUSSEAU, « Epilogue: The Panopticon as a Contemporary Icon? », dans A. Brunon-Ernst (éd.), *Beyond Foucault: New Perspectives on Bentham's Panopticon*, Farnham, Burlington, Ashgate, 2012, p. 185-200.

significative et symbolique d'une époque où la logique du pouvoir mûrit et se généralise grâce aux technologies disciplinaires, ne doit pas pour autant faire de Bentham le responsable de cette évolution. Il n'empêche que le projet du Panoptique est la meilleure preuve du génie de Bentham en tant que technologue de l'art de gouverner ; et Foucault n'a pas tort de le qualifier comme tel.¹⁸⁸

Il peut paraître maintenant que nous sommes un peu éloignés de notre propre sujet : la définition de la loi par Bentham. Il nous semble pourtant important de mettre en avant ce caractère d'horloger lorsqu'on cherche à retracer sa manière de penser, l'enjeu de son projet, et les effets qu'il envisage de produire.¹⁸⁹ Ce que fait Bentham dans ses travaux de *Limits* n'est pas seulement de proposer une définition qui soit à la fois logiquement exacte et capable de soutenir dans la majorité des cas l'usage courant du terme, mais aussi de créer, à travers des connaissances établies au cours de ce processus de définition, un édifice basique pour un régime juridique qui fonctionne par des codes de lois. À ce moment-là, pour Bentham, la loi n'est plus simplement une notion qui mérite d'être bien expliquée. Elle devrait surtout être adaptée, formulée, et dotée de précisions et de finitions convenables au fonctionnement conceptuel nécessaire à l'usage technique d'un code de lois. La pratique de la fiction dans le droit est presque aussi ancienne que l'existence du droit, et Bentham n'est pas le seul qui ait compris que le fonctionnement du droit dépend tout autant du mérite de la vérité que de sa qualité de fiction. Ce qui distingue Bentham dans sa manière de concevoir cette idée, c'est le fait qu'il y voit une technique maîtrisable et qui mérite d'être davantage théorisée, et qu'il prétend, dans ce même but, déterminer précisément tous les détails en lesquels consiste ce dispositif fictif qui s'appelle la loi.

¹⁸⁸ Pour les travaux de Foucault à propos du rôle de Bentham et de son système utilitariste dans l'histoire des théories de la domination et de la gouvernementalité, voir C. LAVAL, « From Discipline and Punish to The Birth of Biopolitics », dans A. Brunon-Ernst (éd.), *Beyond Foucault: New Perspectives on Bentham's Panopticon*, Farnham, Burlington, Ashgate, 2012, p. 43-60.

¹⁸⁹ Dinwiddy, dans sa discussion sur la méthodologie de Bentham, remarque un intérêt fréquent de ce dernier à se mettre dans une position d'inventeur dans ses diverses entreprises, qu'il s'agisse des projets d'inventions tangibles menés avec son frère, de son projet politique de pannonium, ou encore de sa méthode scientifique basée sur le langage que Dinwiddy estime la plus originale des trois. (J. R. DINWIDDY, *Bentham: Selected Writings of John Dinwiddy, op. cit.*, p. 39-40) Ce caractère commun de vision d'inventeur explique à la fois la diversité de ses engagements intellectuels et la manière dont ses projets de différents domaines sont liés les uns aux autres. Concernant ce côté technologue de Bentham, mais sous une problématique différente, voir une étude récente de Cléro sur la notion d'« art » chez Bentham : J.-P. CLÉRO, « « Art » et « science » dans Chrestomathia », *Revue d'études benthamiennes [En ligne]*, vol. 18, 2020.

Section 2 Le labyrinthe métaphysique

C'est seulement dans cette optique que l'on peut saisir la difficulté que rencontre Bentham en entreprenant le programme de *Limits*, difficulté qu'il appelle le labyrinthe métaphysique. C'est à l'occasion de la publication de *IPML* en 1789, que Bentham décrivait avec ce terme le problème qui était à l'origine de la suspension de la publication pendant tant d'années : « Le corps de l'ouvrage [*IPML*] avait été achevé conformément à l'étendue qu'avaient alors les projets de l'auteur [Bentham lui-même] quand, alors qu'il y découvrait des défauts, il se trouva, dans son investigation, empêtré de façon inattendue dans un coin insoupçonné du labyrinthe métaphysique. »¹⁹⁰ Plus loin dans la même préface, on voit que ce « labyrinthe » est lié à la problématique sur laquelle portent les travaux de *Limits* :

Au début de cet avertissement [la préface], une allusion a été faite concernant certaines difficultés non spécifiées comme étant les causes de la suspension originelle du présent ouvrage, ainsi que de son apparence d'inachèvement. [...] Leur découverte a été produite par la tentative de résoudre les questions que l'on trouvera dans la conclusion de ce volume : *En quoi consistent l'identité et l'exhaustivité (completeness) d'une loi ? Quelle est la distinction, et où est la séparation, entre une loi pénale et une loi civile ? Quelle est la distinction, et où est la séparation, entre la branche pénale et les autres branches du droit ?*¹⁹¹

Mais avant de regarder de près en quoi consiste cette difficulté qu'il appelle le labyrinthe métaphysique, il faut d'abord savoir que Bentham a une manière particulière d'entendre ce mot « métaphysique »¹⁹².

Être expert en métaphysique ne veut dire ni être partisan de l'athéisme ni du théisme. Il ne s'agit pas de prétendre savoir ce qui appartient à Dieu ou aux Anges, ni de prétendre savoir qu'il n'existe ni Dieu ni Ange Il s'agit de cela : lorsque l'on parle de Dieu ou des Anges, ou de l'immortalité de l'Esprit, ... ou de tout autre sujet, on comprend, et on est capable de faire comprendre aux autres, ce que l'on veut dire. Il s'agit d'expliquer, à

¹⁹⁰ J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., p. 15.

¹⁹¹ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op. cit., p. 7-8.

¹⁹² Bentham paraît éprouver un sentiment ambivalent envers la métaphysique. Il semble refuser la tendance subjectiviste de l'époque et vouloir redéfinir cette discipline. Mais son propre système métaphysique n'est pas pour autant construit de manière systématique et épargnée de contradictions. Sur ce point et pour le rapport de sa méthode linguistique à sa métaphysique, voir J. STEINTRAGER, *Bentham*, op. cit., p. 23-24.

l'occasion, tous les mots que l'on utilise, en soulignant leur relation à d'autres mots qui sont capables d'exprimer des complexes fixes d'idées simples, ou des idées simples elles-mêmes.

Il s'agit d'observer la situation de notre état d'esprit à l'occasion de la survenue de certains phénomènes naturels, et comment les mots que nous employons peuvent être pertinents à exprimer cette situation.

En un mot, c'est la science de définition ; pour autant, toutes les fois qu'il y a des mots à définir, toutes les fois qu'il y a quelque chose qu'il faut faire connaître à travers les mots, il y a de la place pour la métaphysique.¹⁹³

[...] chaque science a sa propre métaphysique : il n'y a pas de science qui n'ait pas une série de termes propres à elle seule, termes qui représentent les idées propres à elle seule...¹⁹⁴

Toutes les questions concernant le droit ne sont rien de plus que des questions concernant la signification des mots ; questions dont la réponse dépend de la compétence en métaphysique. Par conséquent, à mesure que cette science maîtresse avance vers la perfection, cette source de litige [à savoir le problème causé par l'obscurité de la signification des mots] sera réduite. [...] L'heure viendra où elle sera complètement scellée et où les litiges seront limités entièrement à des questions de fait.¹⁹⁵

La métaphysique chez Bentham est donc la science de la définition. C'est la science nécessaire à toutes les sciences, qui consiste à expliquer les choses par les mots et à démontrer la signification de ces derniers, ainsi sera établi le vocabulaire propre à chaque science. On peut dire que depuis le moment où il a entamé ce projet des principes de morale et de législation, Bentham ne cesse de faire le travail de métaphysicien, travail dont, de surcroît, on peut théoriquement et selon une logique de calcul épuisable, atteindre l'accomplissement total.

Ainsi, contrairement à ce que la signification classique du terme pourrait faire croire, le labyrinthe métaphysique ne désigne pas chez Bentham un problème concernant la cause première d'une existence dont le sens serait obscur et impénétrable. Il ne s'agit pas non plus, comme l'indique l'interprétation de Hart, d'une difficulté particulière qui s'impose à la contemplation de **la nature** même du droit ou du système de droit¹⁹⁶, et

¹⁹³ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », *op. cit.*, p. 205.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 265.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 282.

¹⁹⁶ Voir Introduction éditoriale de *Of Laws in General*, *op. cit.*, p. XXXIV.

qui aurait annoncé l'imminence d'une grande découverte au seuil de laquelle se serait trouvé Bentham. La difficulté paraît certes inédite aux yeux de Bentham, mais elle ne consiste pas à **saisir** la nature particulière d'une chose existante qui reste jusqu'alors méconnue, en adoptant une approche différente ; elle consiste à **bâtir** un ensemble d'entités dont la logique métaphysique — au sens benthamien du terme — n'a pas été suffisamment élaborée, et ce, nous le verrons plus tard, toujours avec les mêmes méthodes de définition (la classification et les opérations concernant la fiction) — il n'y a au fond pas d'autres manières de faire de la métaphysique pour Bentham. Autrement dit, à un moment donné au cours de la réalisation de cette entreprise, pour continuer à comprendre, il faut construire ; et pour construire il faut faire comme s'il s'agissait de quelque chose à comprendre. Par le labyrinthe métaphysique, Bentham entend donc tout simplement ce genre de situation paradoxale qui s'est produite lors du passage de la technique d'exposition à la technique de création de fiction ; lorsque, depuis un champ plein d'objets qui avaient seulement besoin d'être clarifiés, organisés, expurgés des idées non-fondées, on entre dans un domaine en friche où il manque pleinement d'objets pour accomplir le fonctionnement prévu de ce domaine entier. On peut imaginer qu'à un moment donné, Bentham se serait senti quelque peu hésitant, comme dans un labyrinthe, où il n'était plus sûr de savoir quelle opération il était en train d'exercer, étant à lui-même sa seule référence. « Je parcourais un nouveau chemin, et je devais en élaborer chaque pas. »¹⁹⁷ Ainsi Bentham explique en détail cette difficulté qui prend une forme tautologique, d'où la métaphore de labyrinthe :

(à la suite du passage concernant les questions sur l'identité d'une loi et la distinction entre la branche pénale et la branche civile :)

Pour répondre de façon complète et correcte à ces questions, il n'est que trop évident qu'il faut avoir compris et établi quels sont les relations et les liens de dépendance entre chacune des parties du système législatif. Mais on ne pourrait avoir fait cette opération qu'en considérant ces parties elles-mêmes. **Une condition nécessaire à l'exactitude d'une telle topographie serait donc l'existence complète de l'édifice à topographier. Jusqu'à présent, on n'a pu trouver nulle part d'exemple où cette condition serait remplie.** La *common law*, comme elle s'intitule elle-même en Angleterre, le droit *judiciaire*, comme on pourrait l'appeler plus justement partout ailleurs, cette composition fictive qui n'a nulle personne connue pour auteur, nul

¹⁹⁷ J. BENTHAM, *The Correspondence of Jeremy Bentham*, op. cit., p. 127.

assemblage de mots connu pour substance, constitue partout le corps principal de l'édifice juridique, comme cet éther fabuleux qui, à défaut de matière sensible, remplit tout l'univers. Des lambeaux et des bribes de vrai droit, collés sur ce fondement imaginaire, composent le mobilier de tout code national. **Que s'ensuit-il ? Que celui qui, dans le but qu'on vient d'évoquer ou à toute autre fin, veut se référer à un exemple de corps complet de loi, doit commencer par en fabriquer un.**¹⁹⁸

[...] un ouvrage à achever, dont on ne connaît pas encore d'exemple, et ensuite une nouvelle science à créer, une nouvelle branche à ajouter à l'une des sciences les plus abstruses.¹⁹⁹

De là est révélé le plus grand intérêt de la définition de la loi de Bentham. En effet, la *common law*, le droit existant à son époque, quand bien même critiquable, incohérent, voire injuste à son goût, pouvait tout de même être défini comme pouvait l'être n'importe quelle entité passée à l'examen de sa métaphysique ; alors que la loi en tant que dispositif du régime utilitariste, celle qu'il s'est donnée pour objectif de définir n'existait pas encore. Si Hart lui avait été contemporain, son analyse sur le concept du droit n'aurait pu se baser que sur les sources du droit existantes de l'époque. Et quand bien même il aurait trouvé que le caractère analytique et formel de la définition de la loi de Bentham rendait celle-ci semblable à la sienne, son entreprise et son point de départ auraient paru tout à fait étranges pour Bentham. Et cela n'est sans doute pas plus dû au fait que les deux penseurs ne partagent pas la même métaphysique, qu'au fait que dans le système de Hart, comme dans bien d'autres tentatives contemporaines qui cherchent à saisir positivement le droit, il n'y a pas de place pour un paradoxe comme le labyrinthe de Bentham. Issu d'un processus à la fois de création et de description, le droit, à chaque fois qu'il est évoqué, ne peut qu'être une idée paradoxale.

Section 3 La définition de la loi

¹⁹⁸ *Introduction aux principes de morale et de législation, op. cit.*, p. 22. C'est nous qui soulignons.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 23.

I Un plan de construction du fonctionnement de l'impératif juridique

Nous pouvons maintenant revisiter cette fameuse définition et essayer de la déchiffrer en gardant à l'esprit les mêmes circonstances et enjeux théoriques en considération desquels Bentham l'a codée. Pour que les objectifs désignés par le principe d'utilité puissent être menés à bien par un code de lois, et pour que ce code puisse fonctionner comme un répertoire de blocs de construction, dont on peut tirer et formuler une solution juridique convenable à chaque situation, il faut organiser les éléments du code de façons à ce qu'il soit à la fois naturel — c'est-à-dire qu'il y ait un ordre qui représente la logique des calculs utilitaristes — et maniable — c'est-à-dire qu'il existe une série d'opérations-type qui soient basées sur la conjonction d'un certain savoir-faire et des matériaux, et qui servent à formuler des solutions. Le but de Bentham est justement de produire un tel répertoire de blocs de construction, ainsi que ses principes, ses substances, sa forme, et le savoir-faire qui anime son fonctionnement. Ces travaux sont envisagés de telle sorte que, une fois aboutis, on aura du même coup le produit (un modèle de code) et son mode d'emploi, tous les deux prêts à servir.

À partir de la fin de *IPML* donc, précisément au moment où Bentham, en s'interrogeant sur la limite de la branche pénale, cherche à savoir comment élaborer concrètement une loi, comment rendre opérationnel un commandement, on entre, suivant le déploiement des travaux de *Limits*, au beau milieu de la construction des fictions — autant d'entités fictives nécessaires ne serait-ce que pour construire une seule formule du *modus operandi*. La loi, dans la présentation de Bentham, est une fiction qui est elle-même le résultat de la collaboration de multiples fictions. Elle occupe une place particulièrement importante dans le dessein de Bentham, car elle est le nom commun qu'il donne à l'unité la plus basique qui compose le tout d'un système juridique, unité qui désigne une seule opération complète du fonctionnement que ce système est censé effectuer. Une loi représente un mode de réglementation visant un certain mode de conduite, ou une formule dont l'application devrait être déclenchée par la réalisation d'une certaine condition ; et chaque aspect de ce fonctionnement, avec ses variations et sa mécanique, a besoin de précisions. En définissant la loi, en conséquence, Bentham

élabore en même temps un **protocole** dont le législateur peut se servir pour vérifier s'il a déterminé chaque aspect nécessaire pour qu'une certaine loi soit accomplie, et seulement ainsi il peut assurer le bon fonctionnement du règlement que celle-ci est censée apporter. Les premières lignes de la troisième section de *Limits* qui prétendent « définir » la loi, mais qui ne constituent pas plus qu'un aperçu d'une définition complète, annoncent en fait un plan de construction d'un tel dispositif. Dans cette optique, le caractère formelle et analytique de ce passage nous paraît soudainement rempli de sens ; il est moins un choix d'approche, qu'une nécessité structurelle en vue de cette construction. Nous retranscrivons ici le passage en question :

Une loi peut être définie en tant qu'assemblage de signes déclaratifs d'une volition conçue ou adoptée par le souverain dans un État, concernant la conduite à observer en un certain cas par une certaine personne ou classe de personnes, qui dans le cas en question sont effectivement ou sont supposées être [les] sujets de ce pouvoir. Une telle volition repose pour son accomplissement sur l'espérance de certains événements dont on entend qu'une telle déclaration devrait, le moment venu, constituer un moyen de les provoquer, et de la perspective desquels on entend qu'elle devrait agir comme un motif sur ceux dont la conduite est en question.²⁰⁰

Ce langage technique d'une précision du même ordre que le mode d'emploi d'une machine voire, sans coïncidence, qu'un texte de loi moderne, peut être reformulé de façons non moins théorique et toujours fidèle à Bentham comme suit : une loi peut être définie en tant que commandement (« assemblage de signes déclaratifs d'une volition ») d'un souverain, adressé aux personnes qui sont sous son pouvoir et concernant un certain comportement de ceux-ci ; son effectivité (« l'accomplissement » de la volition transmise par la déclaration) réside dans le fait que ces personnes, appréhendant la probabilité des sanctions (« l'espérance de certains événements », « de la perspective [de ces événements] ») imposées par le commandement (« une telle déclaration devrait constituer un moyen de provoquer [ces événements] »), ont intérêt à se comporter comme ce que demande celui-ci (« [une telle déclaration] devrait agir comme un motif »). Voici la mécanique qu'un code devrait permettre de se produire avec chacune de ses lois. On y observe l'emploi de la même technique de *paraphrasis* dans cette

²⁰⁰ J. BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 24. Traduction de Guillaume Tusseau, dans *Jeremy Bentham : la guerre des mots*, *op. cit.*, p. 111-112.

définition, de sorte que la plupart des mots qui y restent sont des entités qui représentent des idées simples, ou sont directement liés à des idées simples. Le nom de certaines notions clés telles que « commandement » ou « sanction » n’y apparaissent même pas, car elles ont été complètement désassemblées. D’autres notions non moins complexes mais incontournables, comme « souverain » et « pouvoir », sont néanmoins présentes, sans doute parce qu’il n’est pratiquement pas possible, en l’espace d’un simple passage, d’y insérer toutes les paraphrases et l’énumération entière des entités nécessaires pour les définir. Toutes ces notions, que leurs noms soient présents ou non dans le passage, verront leurs significations et leurs variations déployées en détails dans les sections qui suivent. De la même manière qu’il déchiffre les fictions donc, Bentham construit cette fois-ci sa propre fiction fondamentale à l’art de législation : la loi.

Il n’est d’ailleurs pas judicieux de considérer que Bentham soit parti de zéro. Il a beau avoir l’impression de frayer un nouveau chemin, mais il a bien conscience qu’il s’agit là d’une question ancienne. Seulement, la solution n’a jamais été pensée dans la même optique que celle qu’il adopte, ni élaborée avec la rigueur exigée par celle-ci. Cette question est : que signifie diriger par des lois ? comment un ordre juridique devrait-il être formulé pour qu’il puisse servir à imposer une certaine volonté ? Bentham réfléchit à cette problématique en l’encadrant dans un rapport de genre-espèce : la loi est la version juridique de la logique de la volonté en général, une version particulière mais emblématique du fonctionnement de l’impératif :

Il y a, ou plutôt il devrait y avoir, une *logique* de la *volonté*, de même qu’il y en a une de l’*entendement* : les opérations de la première de ces facultés ne sont pas moins susceptibles, ni moins dignes d’être décrites par des [règles], que celles de la deuxième. Des deux branches de cet art abscons, Aristote n’a vu que la deuxième ; les logiciens qui lui ont succédé, marchant dans les traces de ce grand fondateur, n’ont pas non plus vu les choses autrement. Cependant, à supposer qu’une différence puisse être faite entre des branches si intimement liées, toute différence qu’il pourrait y avoir, en termes d’importance, est en faveur de la logique de la volonté, puisque c’est seulement par leur capacité de diriger les opérations de cette faculté, que les opérations de l’entendement sont d’une quelconque importance.

De cette logique de la volonté, [la science du] *droit*, considérée du point de vue de sa *forme*, est la branche la plus considérable, et même l’application la plus importante. Elle est à l’art de la législation ce que la science de

l'anatomie est à l'art de la médecine, à cette différence près que son sujet est ce *avec quoi* l'artiste doit travailler, au lieu d'être ce *sur quoi* il doit opérer.²⁰¹

Le sens de la comparaison entre la volonté et l'entendement est simple : s'il doit y avoir la bonne manière de **comprendre**, pour assurer que la connaissance ainsi acquise soit fiable, il doit aussi y avoir la bonne manière de **vouloir**, pour assurer que le résultat reflète la chose que l'on souhaite. D'après Bentham, par rapport à la logique de l'entendement, la logique de volonté occupe une place plus essentielle, car on pourrait difficilement saisir l'intérêt de connaître quoi que ce soit, si ceci n'était pas suscité par une aspiration à pouvoir réaliser quelque chose dans le monde. Cette bonne manière de vouloir, dont la forme varie en fonction de la situation ou de l'objectif du moment, devrait être définie. Parmi les différentes formes de l'expression de volonté qu'il peut y avoir, celle qui fait l'objet propre de la science du droit, laquelle dans cette mesure constitue une des branches de la logique de la volonté, est la plus sophistiquée. En ce sens, avec son dispositif-loi, en tant que protocole, ou modèle conceptuel, Bentham définit la configuration que devrait prendre l'exercice d'une volition, si l'on veut que celui-ci soit conforme aux exigences du fonctionnement d'un système juridique. Le législateur devrait donc élaborer ses lois concrètes sur ce modèle.

II *La construction et l'enjeu*

Le déroulement du reste des sections de *Limits* s'accorde avec le plan annoncé par cette brève définition de la loi. Avec tous ces travaux, le but est de préciser chaque aspect de sa conception, et de discuter toute situation probable quant à son effectivité et son efficacité. Que le résultat de ces travaux soit satisfaisant ou pas, c'est une autre question ; dans tous les cas, l'ambition est là. Ainsi, de la section 4 à la section 15, Bentham parcourt les thèmes suivant : la volonté du souverain en tant que source de la loi ; la fin ultime d'une loi et les probables conflits entre différentes intentions à l'origine d'une législation ; les différents statuts des personnes et des choses en relation avec une certaine loi : le sujet, l'objet, ou les tiers d'un droit ; l'étendue spatiale et

²⁰¹ J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, p. 22-23. Nous avons apporté quelques modifications à cette traduction, comme indiqué par les crochets.

temporelle d'une loi, ainsi que sa portée sur les personnes et les choses ; les différentes manières de présenter une volonté (que Bentham appelle « aspects d'une loi ») : rapport entre interdiction, ordonnance, et permission ; les motifs et les moyens susceptibles de générer l'obéissance à une loi, et la création d'une loi subsidiaire pour assurer l'efficacité de ceux-ci ; loi écrite et non écrite, et les différentes formules linguistiques pour exprimer l'impératif ; d'autres lois subsidiaires qui complètent la fonction punitive du droit.

Après avoir parcouru tous ces thèmes, on est muni suffisamment d'outils permettant d'avoir une idée de ce que pourrait être une loi complète — « l'individualité d'une loi »²⁰² —, et par là même, une idée de la gradation des différents niveaux de complétude pour une loi (section 16). Autrement dit, une fois que le modèle-loi benthamien est intégralement établi, on a du même coup une liste de critères pour évaluer une loi existante en termes d'aboutissement de la construction de son appareil. Ainsi Bentham se permet de déclarer qu'aucune des lois coutumières ne peut être qualifiée de complète (section 17).

Mais le modèle remplit une autre fonction plus importante. Celle-ci est liée à la construction d'un code qui, la logique de rédaction l'exigeant, ne peut pas être convenablement organisé en étant simplement une liste des lois complètes, exposées dans l'ordre du début à la fin. Car cela signifierait « de prendre chaque loi en elle-même, en commençant par, disons, la loi contre les préjudices corporels ; ensuite insérer sous le titre de cette loi tous les mots que ce soient et aussi nombreux qu'ils soient, qui sont nécessaires pour donner une expression claire des diverses idées qui prennent part à la composition de cette loi. »²⁰³ Avec toutes les conditions et les exceptions des cas impliqués dans la même loi, qui, toutes, devraient à leur tour être bien définies, on se retrouverait très vite avec une quantité de contenu qui remplirait un volume entier. On se rendrait très vite compte aussi, en répétant ce travail d'une loi à une autre, qu'une majorité de contenus dans chaque volume de loi serait commune à toutes les lois, tandis que la partie qui véhicule des clauses impératives et

²⁰² J. BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 168.

²⁰³ *Ibid.*, p. 199

comminatoires, lesquelles varient en fonction du titre de loi — la partie qui porte les gènes déterminant l'identité d'une loi — n'a qu'une faible ampleur.²⁰⁴ C'est ainsi que Bentham imagine qu'une loi est composée dans la plupart des cas : une combinaison de l'impératif soutenu par des punitions et d'autres parties explicatives que Bentham qualifie de nature civile.²⁰⁵ Pour la présentation et l'organisation des dispositions, il convient donc de regrouper tous les contenus d'ordre civil dans un code à part, auquel sera référée chaque clause impérative pour compléter l'expression entière de la loi représentée par cette clause. Les lois sont ainsi destinées à être représentées de manière décomposée dans les textes, à cause « du manque de concordance ou de conformité entre l'arrangement typographique et l'arrangement logique : entre l'ordre des idées qu'impliquent les multiples lois en question, et l'ordre des signes censés exprimer ces dernières. »²⁰⁶

C'est justement dans cet écart entre ces deux ordres que se trouve le plus grand enjeu de ce modèle-loi benthamien. Puisque seul le texte — les signes des lois — est visible, il y a d'autant plus d'intérêt à consolider et à préciser ce modèle qui, quoique non-incorporé en tant que tel dans un code, est le véritable configurateur des idées des lois. De par sa qualité de fiction, il sert à la fois de mode d'emploi accompagnant le texte réel du code autrement illisible, et de liste de contrôle nous permettant de repérer, dans l'immense corps des dispositions juridiques, chacune des parties d'une loi. En ce sens, la distinction entre la branche pénale et la branche civile n'est qu'une question parmi d'autres que le dispositif de Bentham résout dans la foulée.

Section 4 Conclusion du Titre : la problématique de la conception du droit selon Bentham

Pour revenir à nouveau à notre question de la fin de la Section 2 du Chapitre 1 : le dispositif-loi — que l'on appelle, à raison ou à tort, la définition de la loi — de

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 199-200.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 198.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 199.

Bentham, est-il sa manière de dire « Le droit **est.** » ? Sûrement que non. Mais la véritable réponse à cela dépasse les seules possibilités dont dispose une question fermée. Car si l'on voulait vraiment la creuser, on s'apercevrait que cette manière de **décrire** la forme de la loi est en réalité une manière de dire ce que **doit être** cette forme même. Or, quand on dit « la forme de la loi », d'un point de vue dynamique, cela devrait désigner la même chose que la version juridique de « la manière de vouloir », dans le lexique de Bentham — sauf que le premier évoque le résultat, la forme établie d'une mécanique de volonté déjà identifiable, alors que le second est pensé dans un contexte où cette mécanique est encore à déterminer. Le devoir-être de la forme de la loi, est donc la **bonne** manière de vouloir en tant que loi, lorsque ce qui est ou doit être voulu est déjà donné. Il s'agit d'un devoir-être d'une technique, d'un dispositif ; un devoir-être non dans le sens de la moralité — ou en tout cas pas de manière directe —, mais dans le sens de ce qui est exigé par la logique de moyen-fin, voire la logique de tactique. Dans ce long processus qui a pour but de construire non seulement ce qui doit être voulu (l'objectif utilitariste du droit), mais aussi une technologie pour le réaliser, et ensuite un savoir cohérent qui soutienne cette dernière en la transformant en un art ; dans ce long processus qui prétend conduire tous ceux-ci depuis le monde idéal du devoir-être à l'existence d'ici et maintenant, le changement de perspective et de registre, de l'ontologique au déontologique et du réel au potentiel, est loin d'être un facteur qui compromet l'objectivité de la science. C'est, au contraire, la clé même de son succès. Le droit est en ce sens saisi en tant qu'objet propre d'un savoir-technique, qui, pourtant, arrête de l'être à partir du moment où on le voit comme quelque chose de tout fait en l'encadrant avec la question « qu'est-ce ? ». Cette question positiviste ne parviendra jamais à saisir un objet posé comme tel, destiné à être soit trop ambigu, soit trop peu développé pour y répondre de manière satisfaisante. Voilà le profond écart qui sépare l'épistémè à laquelle appartient Bentham et celle à partir de laquelle surgit le positivisme juridique contemporain. À son tour, notre utilitariste se perdrait dans ce dernier, dans cette science qui s'abstient de penser un dessein quelconque qui dépasserait le droit. Pour lui, un tel dessein permet de localiser et d'évaluer le droit, à la fois dans son actualité et dans sa possibilité, et autorise ainsi seulement une connaissance quelconque du droit. C'est le type de connaissance qui permet de penser non seulement le quoi et le comment d'une existence, mais aussi le quoi et le comment

d'un objectif et de toute construction conceptuelle qui pourrait nous conduire à l'atteindre.

À la fin de l'ouvrage, Bentham conclut les probables utilisations de celui-ci. À part la solution pour distinguer la branche pénale de la branche civile, l'accent est généralement mis sur ses potentiels apports à la construction des systèmes juridiques : fournir un plan fondamental d'après lequel un nouveau système peut être construit *ab origine*, ou d'après lequel un système existant peut se transformer en un régime composé purement du droit législatif ; un guide pour le travail de législateur, un manuel qui universalise les usages des termes et les mécanismes d'un code, ou encore un exemple standard et commun permettant à tous les pays de s'évaluer, de s'améliorer, et de se comparer avec d'autres systèmes.²⁰⁷ Ce qui est particulièrement intéressant est l'attention qu'il porte sur la potentielle valeur pédagogique de ces travaux²⁰⁸, lesquels représentent le processus à travers lequel peut naître une matière scientifique pour l'art de la législation, au même titre que d'autres sciences appliquées : « Comme la grammaire est enseignée avec des phrases délibérément dépourvues de syntaxe, et la géographie à partir de cartes disséquées, de la même manière, l'art de la législation, notamment ce qui peut être qualifié de sa branche mécanique, peut être enseigné par des lois sans forme, en les démontant en pièces, pour ensuite les remonter d'après le modèle [d'un code complet]. »²⁰⁹

Si avec *IPML* et *Limits*, Bentham est encore loin de réaliser un tel code modèle, au moins le plan est tracé. Et on y reconnaît la même idée de continuum, d'univers fini, qui était, au commencement des interventions scientifiques, représenté par un terrain peuplé de confusions et d'obscurités, et qui sera, quand le jour arrivera où le projet sera terminé, signe de l'accomplissement de la construction d'une telle *jurisprudence* :

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 219-220.

²⁰⁸ L'intérêt commun pour la législation et pour la pédagogie semble être partagé par beaucoup de penseurs des Lumières, comme remarque Jean Carbonnier. « La passion des lois ne serait pas tout à fait explicable si, parallèlement, n'avait sévi une passion, une fureur de la pédagogie. Ne l'a-t-on remarqué ? Nos amateurs de législation furent souvent des pédagogues. Fénelon est un précepteur, un éducateur tendre. Mably est le frère de Condillac — une famille de précepteurs. Quant à Rousseau, nous savons quelle pédagogie sans relâche il lui faut déployer pour collaborer avec la nature dans l'élevage de son Émile. [...] 'Celui qui ose entreprendre d'instituer un peuple, lisons-nous au *Contrat social*, doit se sentir en état de changer... la nature humaine' ; 'le sage instituteur ne commence pas par rédiger de bonnes lois..., il examine auparavant si le peuple auquel il les destine est propre à les supporter'. » J. CARBONNIER, « La passion des lois au siècle des Lumières », dans *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 213-215.

²⁰⁹ J. BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 232.

Dans un système ainsi construit d'après ce plan, quiconque n'a qu'à ouvrir le livre [déployant ce système] pour s'informer sur l'aspect juridique (*aspect borne by the law*) de tout acte imaginable qui rentre dans la possible sphère des capacités humaines. [...] Dans ce seul réceptacle, le système entier d'obligations auquel lui ou qui que ce soit d'autre est soumis est écrit et déployé. [...] Dans une carte du droit exécutée d'après un tel plan, il n'y a pas de *terra incognitæ*, pas d'espace vide : rien n'est omis, tout est fourni. La vaste étendue de la jurisprudence qui n'avait pas de forme jusque-là est recueillie et condensée en une sphère tellement compacte qu'un simple regard peut instantanément la pénétrer et la parcourir dans toute les directions imaginables.²¹⁰

²¹⁰ *Ibid.*, p. 219, note 2.

Titre 3 RUPTURE : ÉMERGENCE D'UNE NOUVELLE SCIENTIFICITÉ

Chapitre 1 La *jurisprudence* austinienne

Section 1 Une discipline universitaire

Lorsque la *jurisprudence* utilitariste était éclairée cette fois-ci par John Austin, disciple de Bentham, le droit n'était plus cet objet qui était seulement en train d'être créé au fur et à mesure que la science qui l'examinait se construisait.²¹¹ Et la catégorie de « devoir-être » — même si Bentham n'a jamais évoqué cette idée en ce terme exact — au sens où un certain dispositif projeté **doit être** mené à être, ou au sens de la manière concrète dont un projet **doit être** réalisé, ne trouvait plus sa place à l'intérieur de la science même. Comme Bentham, Austin ne cessait de réfléchir à la question des meilleures institutions pour le gouvernement, question sur la réforme politique de manière générale ; mais pour lui, cela appartenait à un autre combat. Dans la mesure où il cherchait à déterminer la science propre à la *jurisprudence*, cette question de réforme devait être mise à l'écart. Avec Austin, nous sommes subtilement très éloignés du modèle scientifique utilitariste tel que Bentham l'avait façonné, même si nous y rencontrons un concept de droit et un principe d'utilité qui sont presque des reprises des idées de son maître. Rappelons-nous de nouveau la manière dont Michel Troper définit le positivisme juridique **en tant que science** : « Ce qui caractérise en réalité le positivisme, ce n'est pas la volonté de construire une science empirique, une science de faits, mais celle de construire une science *sur le modèle des sciences empiriques*, c'est-à-dire **une science distincte de son objet** [...]. La difficulté réelle, [...] est de trouver

²¹¹ Pour une comparaison théorique plus détaillée entre la définition du droit de Bentham et celle de Austin, voir M. LOBBAN, « John Austin and Bentham's Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence », dans G. Tusseau (éd.), *The legal philosophy and influence of Jeremy Bentham : essays on « Of the limits of the penal branch of jurisprudence »*, London, Routledge, 2014, p. 149-169.

un objet qui, sans être nécessairement un fait empirique, puisse néanmoins être traité comme un fait empirique. »²¹² Cette manière de qualifier le positivisme juridique en relativisant le caractère empirique de son objet trouve un bel exemple chez notre duo utilitariste : tout en étant tous les deux empiristes, ils se retrouvent respectivement de l'un et l'autre côté de ce critère proposé par Troper. Chez Bentham, la définition du droit trouve sa nécessité dans un modèle où justement la science ne se distingue pas de son objet, tandis que chez Austin, la définition du droit est la meilleure démonstration d'un modèle scientifique tel que la possibilité de toute connaissance qui puisse en être tirée réside dans le fait que la validité de l'objet scientifique ne dépende pas de cette science même. D'où la possibilité pour Austin de commencer la construction de sa *jurisprudence* en retraçant la frontière de cette science, et ce, en déterminant la frontière de l'objet propre à celle-ci — cet objet-droit ayant déjà une identité, il suffit de le nommer, il n'y a pas besoin de le créer. En termes de modèle scientifique donc, sans ambiguïté, nous sommes dans un cas d'école du positivisme juridique. Mais un positivisme simplifié — nous nous expliquerons sur ce point à la fin du Titre.

Une clarification sur la polysémie du terme « devoir-être » est sans doute nécessaire pour montrer que, ce qui est véritablement en jeu n'est pas le fait qu'il y ait différentes conceptions du droit, mais différentes manières de penser l'objet de la science du droit, et donc de penser cette science même. Chez Kelsen, le terme désigne le mode d'existence, ou le statut ontologique, particulier et propre à l'impératif, ce qui permet de distinguer le droit et du fait et de la valeur. Dans ce sens, le droit peut être saisi seulement en tant qu'être particulier, incommensurable avec des phénomènes empiriques, et la véritable science du droit est une science qui le reconnaît ainsi. Ce devoir-être juridique est donc, d'après Kelsen, le seul concept qui parvienne véritablement à capturer **l'être du droit**, ou **le droit tel qu'il est**, en employant le langage des utilitaristes — même si ces derniers entendent par ce terme un contenu tout à fait empirique. Pourtant, que ce soit « le droit en tant que devoir-être » ou « le droit tel qu'il est empiriquement », c'est toujours le mode d'existence du droit, existence qui précède et qui est indépendante de la science du droit, qui est l'objet-propre de cette dernière. C'est une science qui commence à l'être en posant la question

²¹² M. TROPER, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *op. cit.*, p. 198.

« Qu'est-ce que le droit ? » et qui, du même coup, réussit à se distinguer de l'objet qu'elle observe. Mais il en va de même pour le devoir-être du droit, ou **le droit tel qu'il doit être** chez les utilitaristes, lorsque cette idée est évoquée dans un contexte où le système juridique existant est comparé avec un principe moral censé lui être supérieur, en l'occurrence le principe d'utilité. Car le principe de la morale, lui aussi, peut être étudié tel qu'il **est**, sa vérité étant déjà écrite quelque part, par exemple, dans la nature humaine pour les utilitaristes. En réalité, le droit, la coutume, la morale, ou le principe d'utilité, considérés chacun ou chacune en soi, peuvent tous être pris comme un objet tout fait, projeté par une science construite sur le modèle des sciences empiriques. C'est seulement quand on se place non pas devant l'actualité, mais devant la possibilité de cet objet, quand on commence à envisager cette possibilité à travers une certaine théorie ou une idée de valeur, et à exiger la réalisation d'une perspective qui résulte de cette manière de penser, que le terme « devoir-être du droit » emprunte un registre qui échappe à ce modèle empirique. De là seulement on peut comprendre le sens véritable de cette formulation de Troper : « **trouver un objet qui puisse être traité comme un fait empirique** ». Puisque, apparemment, on a beau vouloir indiquer la même chose en l'appelant « le droit », ce ne sont pas toujours les mêmes types d'objets avec lesquels la science se trouve en rapport. Dans l'histoire de la science juridique, le droit n'a pas toujours été considéré comme l'objet d'une science construite sur le modèle des sciences empiriques, comme il pourra tout à fait l'être ou ne pas l'être à l'avenir ; et cela ne tient pas à la nature du droit, mais à ce que l'on veut faire avec la science en question, dans la mesure où ceci est pensable sous l'*épistémè* de l'époque. Autrement dit, le type d'objet qu'est le droit dépend de la possibilité et de l'utilité de la science du droit.

Pour situer Austin dans cette problématique, il est donc essentiel de rappeler que, si Bentham avait bâti sa théorie juridique en commençant avec l'idée de créer un nouveau système juridique, la philosophie du droit de Austin a pris forme dans ses travaux réalisés dans le but de donner des séminaires à l'Université de Londres, où il a été nommé le premier professeur de *jurisprudence* en 1826. Alors que Bentham élaborait un projet, Austin traitait un sujet d'étude — c'est dire que même le point de départ de chacun était inscrit dans des dynamiques différentes. Les six premiers séminaires de

Austin, publiés plus tard en 1832 sous le titre de *The Province of Jurisprudence Determined* (désormais « *Province* »), consistaient à circonscrire des matières qui allaient être abordées dans ce cadre, et constituaient pour ainsi dire un long processus de définition de la *jurisprudence* en tant que science. Il faut signaler que ces six premiers séminaires, qui seuls allaient permettre la formation de l'école austinienne, n'étaient que l'introduction de son cours composé au total de cinquante-sept séminaires qui couvrent, à l'instar du système du droit romain ou des Pandectes, toutes les notions fondamentales et les questions récurrentes pour appréhender la base d'un système juridique, thèmes équivalents à ceux qui constitueraient le cours introductif que tous les étudiants en première année en droit devraient suivre dans un établissement moderne. C'est ainsi que ce sujet d'étude, la *jurisprudence générale*, était entendue par Austin : un ensemble de connaissances basiques et universellement valables pour la compréhension de tout système juridique.²¹³

Il y a d'autres éléments importants qui ne méritent pas moins d'être signalés pour comprendre qu'il s'agit ici non seulement d'une science qui se forme, mais qu'elle se forme en tant que discipline : quelque chose qui est conçu dans un cadre académique et qui obtient l'identité d'une science dans le but de pouvoir être enseigné et étudié, conformément à l'objectivité définie par ce cadre. L'Université de Londres fut fraîchement créée en 1826 en tant que première université laïque dans le but de proposer une solution de rechange à Oxford et Cambridge, les deux seules universités à l'époque. L'initiative a été largement prise par les disciples de Bentham, ce qui témoigne d'un climat où la question de l'éducation faisait partie des éléments au premier plan de leurs projets politiques. Un de ses prestigieux collèges, University College de Londres, était le premier établissement qui proposait un diplôme en droit, soit quelque soixante-dix ans après la première éducation universitaire en matière du droit anglais, animée par Blackstone — c'est dire que l'initiative de ce dernier n'avait pas trouvé beaucoup d'écho à son époque. Le droit restait un savoir ou un art dont la transmission se faisait intimement avec la pratique de la profession, par un système d'apprentissage effectué dans des cabinets d'avocats. Il n'existait pratiquement pas d'entraînement systématique ni de littérature recommandée pour les

²¹³ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 365-376.

apprentis, et il était inenvisageable que l'apprentissage puisse être réalisé en étudiant un corps de connaissances théoriques et organisées. Dans ce contexte, même la création de l'Université était loin de pouvoir changer le statut quo : dans le rapport produit par la commission d'enquête parlementaire sur l'éducation juridique en 1846, la quasi-inexistence de l'éducation juridique institutionnelle a été constatée ; situation qui avait pour conséquence, selon la commission, le manque de garantie minimum quant à la compétence de la profession, l'absence d'une classe de juristes maîtrisant les grands principes du système juridique, et le manque de ressources pour l'éducation juridique dédiée à des non-professionnels. Cette date marque ce qui est conventionnellement reconnu comme le commencement de l'éducation juridique moderne en Angleterre : c'est-à-dire le moment de la prise de conscience officielle de son inexistence. Mais il a encore fallu attendre jusqu'aux années 1860, suite à l'établissement du premier examen du barreau, pour que la formation en droit dans des facultés universitaires devienne la norme. Ce qui n'a pourtant pas empêché le juriste A. V. Dicey de douter, en 1883 encore, de l'intérêt de l'enseignement théorique pour la profession et d'estimer que l'idée de créer des facultés de droit n'était pas pragmatique. Et jusqu'à ce jour, les universités anglaises restent seulement un acteur parmi d'autres qui jouent un rôle important dans l'éducation juridique au sens large.²¹⁴

Les séminaires de Austin doivent donc être considérés dans ce contexte où l'aspiration à combler ce vide institutionnel se faisait de plus en plus ressentir. Si le savoir juridique et la formation des professionnels existaient, la discipline juridique moderne n'existait pas encore ; du moins pas au sens d'une connaissance pure et abstraite, possiblement accompagnée d'autres études (par exemple, la logique, les langues de l'antiquité classique, et l'économie politique, comme le proposait Austin²¹⁵) pour constituer le cœur d'un parcours systémique et organisé. Il s'agissait donc de proposer, dans un cadre d'éducation universitaire, un programme scientifique pour la formation non seulement des juristes, des avocats et des législateurs, mais aussi plus généralement des hommes ambitionnant une carrière dans le secteur public. On pourrait reprocher à

²¹⁴ Pour la création de l'Université de Londres et l'histoire de l'éducation juridique en Angleterre, voir W. TWINING, « 1836 and All That: Laws in the University of London 1836–1986 », *Current Legal Problems*, vol. 40, n° 1, 1987, p. 261-299 ; J. KROOK, « A Brief History of Legal Education: A Battle Between Law as a Science and Law as a Liberal Art », *Legal History*, vol. 17, n° 2, 2017, p. 34-38.

²¹⁵ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 385-389.

Austin son manque d'originalité sur beaucoup de ses concepts clés — concepts qu'il a pourtant présentés d'une manière originalement analytique —, on ne peut cependant nier le fait qu'il a façonné un modèle moderne de la discipline de la *jurisprudence* de manière inédite à son époque, modèle qui allait avoir un impact profond sur le monde anglo-saxon. Austin était bien évidemment conscient de son rôle : lorsque, intimidé par le stress à l'approche de l'inauguration de son cours, il devait demander à l'Université la permission de le reporter, il a attribué le retard partiellement au fait qu'il n'existait pas de modèle à suivre pour réaliser un tel programme.²¹⁶ Dans cette perspective d'institutionnalisation, son premier but était de cadrer cette discipline de manière scientifique, et d'établir un lien entre sa qualité scientifique et son rôle dans le développement de la culture politique. Sur ce point, la différence avec Bentham était manifeste : si le sous-texte derrière la science benthamienne était la réforme, chez Austin, le but de la science en tant que discipline était la formation intellectuelle, et non pas la planification des changements, ceux-ci n'étant que des conséquences indirectes de celle-là.

Section 2 La question de l'autonomie de la science

Cette manière d'envisager une science **en tant que discipline** entraîne pourtant deux tendances en tension permanente l'une avec l'autre. Le fait de penser que les innombrables conceptions et manifestations qui constituent la pratique du droit — c'est-à-dire son effectivité positive — contiennent, malgré leur caractère apparemment désordonné, une connaissance cohérente qui, une fois maîtrisée, pourrait être bénéfique pour la pratique, semble favoriser un rapprochement de la science vers cette dernière. Paradoxalement, c'est aussi à partir de cette même idée que l'on arrive à penser que la science possède une vie indépendante de la pratique, ou que la science devrait avoir sa propre raison d'être. La grande différence entre Bentham et Austin dans leur modèle scientifique réside justement dans ce basculement du statut de la science du droit. L'approche de Bentham pour articuler la science et la réalité

²¹⁶ L. HAMBURGER et J. HAMBURGER, *Troubled lives : John and Sarah Austin*, Toronto, University of Toronto press, 1985, p. 55.

n'implique pas l'autonomie de la première : la *jurisprudence* n'est que les idées contenues dans des livres de *jurisprudence*, qui perdra son utilité et, par là-même, sa rationalité en tant que science du droit, une fois qu'elle ne sera plus nécessaire à la pratique, ou qu'elle n'aura plus d'impact sur elle — même si ce n'est pas pour autant que ces idées perdront toutes leurs valeurs dans d'autres contextes. « Dans un ouvrage [de *jurisprudence*] du type expositif, les lois dont il est question peuvent être ou bien des lois qui sont toujours en vigueur au moment de sa rédaction, ou bien des lois qui ont cessé de l'être. Dans le deuxième cas, on pourrait dire que le sujet de l'ouvrage est la jurisprudence ancienne, [...] Mais en vérité, un livre de [cette] sorte est plutôt un livre d'histoire qu'un livre de droit [...]. »²¹⁷ Nous nous rappelons également ce passage : « Si les lois étaient ce qu'elles devraient et pourraient être, la science de la Jurisprudence prendrait fin. La connaissance sur le contenu des lois ne constituerait plus une science. Elle ne serait pas plus une science en soi que ne l'est la connaissance sur ce qui est contenu dans des journaux. »²¹⁸ Le moment proprement scientifique pour Bentham subsiste seulement pendant les phases de création et d'amélioration de la pratique. Ce moment passé, la science n'est qu'un nom et une forme, car sa vigueur dépend complètement de son utilité à la réalité.

Chez Austin, cette dimension temporelle qui décrit le cours de la vie d'une science n'existe pas. Ceci est lié au fait que Austin n'associe pas sa science directement à la réforme, mais à l'exposition intellectuelle des choses établies. Il en résulte que le modèle scientifique de Austin instaure un rapport très constant entre la science et ce qu'elle prend pour objet. À partir du moment où Austin déclare : « Le sujet (*matter*) propre à la *jurisprudence* est le droit positif. » — phrase qui inaugure le premier séminaire et qu'il répète plusieurs fois dans *Province* —, il renonce à cette idée selon laquelle la science du droit s'éteindra avec l'achèvement de l'objet de sa création. En revanche, il y demeure toujours une utilité indéniable propre à la *jurisprudence* rien que pour s'approprier l'énorme quantité de connaissances contenues dans le droit positif, déjà entièrement bien défini. Et non seulement sa valeur ne dépend pas de l'état d'accomplissement de son objet, mais il y a même une sorte de fonctionnement

²¹⁷ J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., p. 340-341.

²¹⁸ J. BENTHAM, « Preparatory Principles : Inserenda », op. cit., p. 322.

autonome qui se dégage paradoxalement de son inévitable relation avec la pratique : si la science est d'autant plus indispensable pour la pratique, c'est justement de par son titre de science : c'est justement parce qu'elle contient une logique qui, étant détachée du réel, est d'une certaine manière plus perçante que la pratique pour s'emparer du véritable droit. Ainsi il cite Savigny :

...dans notre science tout succès dépend de la maîtrise des principes dirigeants, et c'est précisément cette maîtrise qui fonde la grandeur des juristes romains. Les concepts et les principes de leur science ne sont pas à leurs yeux le produit de leur libre volonté, ce sont des êtres réels dont l'existence et la généalogie leur sont devenues familières à la faveur d'une longue intimité. C'est bien pourquoi toute leur manière de procéder présente une sûreté comme il ne s'en trouve nulle part ailleurs que dans les mathématiques, et l'on peut dire sans exagérer qu'ils calculent avec leurs concepts. [...] S'ils ont à trancher un cas, ils partent ainsi de l'observation la plus attentive de ce dernier, et nous voyons pas à pas naître et se transformer sous nos yeux l'intégralité du rapport de droit en cause. C'est alors comme si ce cas était le point de départ de toute la science, à partir duquel celle-ci devait être inventée. Ainsi, il n'y a pas de différence pour eux entre théorie et pratique, leur théorie est élaborée jusqu'à son application la plus immédiate et leur pratique est constamment anoblie par le traitement scientifique. En chaque principe, ils voient en même temps un cas d'application et en chaque cas en même temps la règle qui le régit, et l'on reconnaît leur maîtrise de façon évidente dans la facilité avec laquelle ils passent du général au particulier et du particulier au général.²¹⁹

Laissons de côté pour le moment la nuance contextuelle entre le propos originel de Savigny et ce que veut dire Austin en le citant. Cette question de l'autonomie de la science du droit, qui aurait marqué la rupture entre le modèle de Bentham et celui de Austin, mérite un traitement encore plus prudent. Dans son article « *The Uses of the Study of Jurisprudence* » où ce passage est cité, Austin commence par la définition de la *jurisprudence* et ses sujets principaux, pour passer aux utilités de l'étudier, avant de déboucher sur une préconisation de la création d'un parcours pédagogique et des institutions destinées à ce but. Largement inspiré du modèle d'éducation juridique du continent (et notamment des universités prussiennes), la tension entre la *jurisprudence* indépendante qui persévère en dépit de l'évolution de la matière qu'elle traite, et la

²¹⁹ F. C. von SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, A. Dufour (trad.), Paris, Puf, 2006, p. 64-65, cité par Austin dans son article intitulé « The Uses of the Study of Jurisprudence » dans *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 377-378.

jurisprudence qui ne perd jamais son regard sur la pratique y est pourtant déployée dans un équilibre évident, la tendance de l'une renforçant celle de l'autre. Cet ajustement permanent entre la théorie et la pratique (avec une accentuation sur la première en tant que base), opéré avec un certain recul théorique que l'on appelle souvent « objectivité », est une technique d'organisation des phénomènes empiriques pour les rendre intelligibles. Pourtant, cette technique était loin d'être une particularité de la science du droit, et même si une vision institutionnelle portée sur la discipline du droit n'existe pas chez Bentham, il est pourtant impensable que ce dernier puisse ne pas être familier de cette objectivité créée à partir de l'écart entre la théorie et la pratique, lui qui sait tellement manier le registre propre à la science et qui connaît parfaitement le pouvoir de la fiction. D'un autre côté, il est également évident que, certes, l'autonomie scientifique qui caractérise la *jurisprudence* de Austin est démontrée dans une articulation équilibrée de la science à la pratique, mais cette articulation n'est pas la cause de ladite autonomie et ne peut expliquer sa véritable signification. Il y a là, encore une fois, une différence sur le sens du mot « indépendance », entendu respectivement par Bentham et par Austin, lorsque chacun accorde à leur intervention scientifique une valeur indépendante. Mais ni le niveau de distanciation entre la science et la pratique, ni les différentes manières d'encadrer le rôle de la science, ne sont suffisants pour expliquer cette différence. Dans quel sens alors peut-on dire que, par rapport au modèle de Bentham, la science de Austin est plus « indépendante », ou qu'elle possède sa propre raison d'être ? Quelle est donc la véritable cause qui fait que, pour Bentham, la science ne vit que pour la perfection de son objet, tandis que pour Austin, le destin de la première peut être parfaitement distinguée du second ?

Nous pensons que la réponse est à chercher encore plus loin que le rapport entre la science et son objet, mais nous y sommes presque. Elle est dans la question qui devient problématique aussitôt que nous la posons. En effet, de quel objet-droit et de quelle pratique juridique parlons-nous ? Le prétendu objet de la science du droit, est-il vraiment la même chose que l'on croit qu'elle devrait avoir pour but de traiter ? Ces interrogations pourraient faire croire que nous nous situons dans une position réaliste pour condamner le fait que la théorie de Austin ne permet pas de saisir le vrai droit,

que son concept de droit ne parvient pas à indiquer correctement où se trouve le droit (comme le faisait Hart lorsqu'il critiquait Austin, puis les autres — réalistes, théoriciens herméneutiques, ou encore d'autres positivistes — lorsqu'ils critiquaient Hart à leur tour), et que c'est justement dans ce sens-là que la science de Austin est « indépendante », c'est-à-dire indifférente à la réalité du droit. Ceci n'est pourtant pas du tout notre propos. C'est bien le même fait que nous voudrions faire remarquer, mais à travers une optique qui est tout à fait opposée : la plus grande spécialité du positivisme de Austin, malgré lui, est justement cette technique qui consiste à créer un objet qui soit le double du droit ; sans quoi, le droit, réalisé ou seulement projeté, n'est pensable que dans le registre du réel — en tant que ce qui est fait, ou ce qui doit ou peut être fait dans la réalité. Cet objet-double va prendre la place de l'objet premier pour être pensé par la science et, de ce fait, faire fonctionner cette dernière. Cette idée est comparable à des travaux réalisés en laboratoire, où un objet d'observation est artificiellement créé dans le but d'opérer des expériences de sorte que toutes les variables soient sous contrôle, et une théorie sera établie à partir du résultat de ces expériences. L'objectivité vient à la fois du fait que l'objet observé est représentatif du phénomène réel et du fait qu'il ne l'est pas vraiment, qu'il en est détaché. La science profite de cette scission pour s'encadrer dans un registre proprement théorique, dans le cadre duquel la précision n'est plus simplement pensable, mais surtout peut être réellement obtenue.

En fait, on peut dire que toute théorisation contient plus ou moins cette procédure de doubler le réel dans la conception — que ce soit par l'abstraction ou par la purification — dans le but d'ouvrir un espace spécifique à la manipulation spéculative pour que la théorisation puisse s'accomplir. Mais un seuil est franchi lorsque cette étape n'est plus simplement un détour temporaire, une technique qui facilite le processus de la théorisation, mais devient une fin en soi, une marque d'objectivité qui définit la science. Le voilà un objet-double qui ne se périmé pas, qui devient l'objet **propre** à la science, et qui est pris pour quelque chose que l'on découvre, détaché de la science qui l'a pourtant créé. C'est dans ce sens-là qu'il faut comprendre la distinction rigoureuse que fait l'école analytique entre la forme et le contenu du droit, dans le but de faire de la première le seul objet de la science du droit. C'est un objet

fabriqué pour la cause de la science et non pas pour la cause du droit, et si désormais il ne cesse d'être question de la distance entre cet objet-droit et la réalité du droit, il n'est pourtant plus question de la rigueur de la science qui ne peut être ni plus précise ni plus déterminée. La *jurisprudence* de Austin se procure dans ce sens une vie à part, une identité, et une indépendance. Son indépendance se différencie de celle du modèle du droit romain par son statut scientifique complet et intact même sans avoir à se référer à aucun cas concret ; elle se différencie de celle du modèle de Bentham dans la mesure où le droit positif n'est ni un terme qui désigne l'ensemble de toutes les lois, ni une fiction dont la raison d'être cèdera lorsque sera advenu l'état des choses qu'elle a pour but de faire voir le jour. Le droit positif est ici un concept substantiel qui, en tant qu'objet d'étude, définit à son tour la limite de sa science. C'est la raison pour laquelle la science de Austin peut être à la fois autonome et en rapport avec la pratique — ou plutôt, en rapport avec la pratique justement du fait qu'elle est autonome. Car le droit positif qui la définit et qui la rend autonome est seulement sous un certain aspect homologue du droit positif effectif dans la pratique — celui-ci ne peut jamais être saisi tel qu'il est avec une simple formule théorique. Les deux objets peuvent bien paraître presque identiques, mais ils ne relèvent pas de la même catégorie.

Il est sans doute intéressant et important de vérifier si cette observation peut être généralisée à tous les modèles qui sont pour une raison quelconque classés dans le positivisme juridique, mais ici, nous nous limitons à l'évolution de Bentham à Austin. Il est sûrement judicieux aussi de se demander si la méthode de Austin peut être justifiée par son efficacité et sa pertinence, mais ceci non plus n'est pas notre sujet. En revanche, nous nous proposons de considérer ce concept de droit comme une technique délibérément conçue, et d'observer sa formation et sa fonction dans ce modèle scientifique.

Chapitre 2 La science et son objet

Section 1 Le nouvel objet

Maintenant que nous sommes devant cet objet théorique propre à la science du droit de Austin et sur le point de l'identifier, nous devrions désormais modifier notre terminologie en faisant face à ce rapport délicat entre le terme « droit » en français et le mot « *law* » en anglais. Ce dernier englobant diverses acceptions que couvrent les deux termes de « droit » et « loi », nous avons jusqu'ici pris la liberté de choisir l'un des deux pour le traduire en fonction de chaque contexte : « droit » pour la notion générale et pour indiquer le système entier du droit, et « loi » quand il s'agit d'individualiser une règle de droit. D'autant plus que pour Bentham, « *law* » évoquée en termes généraux ne veut pas dire autre chose que l'ensemble des « *laws* », cette interchangeabilité entre « droit » et « loi » pour traduire le même mot devrait être acceptable. Mais avec Austin, l'horizon est différent. « *Law* » est strictement défini par lui en tant que commandement et, pour autant, il distingue « *laws properly so called* » et « *laws improperly so called* » — il y a donc des objets qui portent bien leur appellation contenant le mot « *law* » et ceux qui la portent mal. On y voit le fonctionnement du concept *law* détaché de l'objet qui lui est comparé, fonctionnement grâce auquel seulement on peut dire de cet objet qu'il « porte mal son nom » sans pour autant l'annuler. Une autre conséquence : comme tous les éléments contenus dans un système juridique positif ne sont pas des commandements, il y a certainement ceux qui, tout en faisant partie de ce que l'on peut appeler en français « le droit » en général, ne sont pas dignes du nom « *law* »²²⁰. De ce fait, l'objet scientifique que Austin tient à

²²⁰ Les éléments identifiés par Austin auxquels est incorrectement accordé le nom de « *law* », mais qui font tout de même partie du système juridique positif et donc des sujets propres à la *jurisprudence*, sont les lois qui expliquent ou précisent d'autres lois, les lois qui révoquent des obligations juridiques existantes, et les lois dites imparfaites car elles ne sont pas munies de sanctions. D'après Austin, ces trois catégories de lois sont particulières car elles ne possèdent pas de caractère impératif, elles ne sont donc pas des commandements. Il n'est pourtant pas certain que Austin leur accorderait toujours le statut de loi, sa position étant un peu ambiguë sur ce point : tantôt il y fait référence en les appelant « lois impropres » ou « lois improprement dites » (*laws improper; laws improperly so called*), tantôt il parle d'elles en tant qu'« exceptions à la proposition 'les lois sont une espèce de commandement.' » (*The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence, op. cit.*, p. 26-29). Mais comme il considère enfin que ces lois non-impératives occupent seulement une petite partie de la *jurisprudence*, il se contente de continuer à réserver l'emploi du mot « *law* » à des lois qui sont vraiment impératives, sauf

définir et qui sert à déterminer la plus grande partie de la limite de sa science, celui qu'il appelle « *the positif law* », dont le mot « *law* » désigne le même concept que ce que désigne le même mot dans l'expression « *a law properly so called* », devrait être traduit par « la loi positive » et non pas « le droit positif ». Autrement dit, si chez Bentham, que ce soit dans l'expression « *the law* » ou « *a law* », le mot « *law* » désigne toujours le même **type d'objet**, chez Austin il désigne toujours le même **concept**. Or, si un objet peut avoir plusieurs appellations, on peut difficilement dire la même chose pour un concept si l'on tient à préserver son identité. Nous allons donc respecter la terminologie de Austin dans cette section afin de maintenir une sorte de cohérence dans notre explication, et d'être au plus près de son approche. Hormis les occasions où nous devons indiquer cet objet proprement austinien, néanmoins, nous emploierons toujours le terme « droit » pour nous référer à l'objet de la science du droit de manière générale.

« Le sujet (*the matter*) de la *jurisprudence* est la loi positive, c'est-à-dire la loi simplement et strictement dite. »²²¹ — ainsi Austin inaugure son premier séminaire. Et les six premiers séminaires consistent non pas à démontrer cette proposition, mais tout simplement à la déployer en tant que vérité évidente :

L'objectif principal ou la portée des six séminaires qui suivent, consiste à distinguer les lois positives des objets auxquels elles sont liées au titre de ressemblance et d'analogie ; objets auxquels elles sont liées d'autant plus par le nom commun de « lois » ; objets, de ce fait, avec lesquels elles sont souvent mélangées et confondues. Et comme tel est l'objectif principal de ces six séminaires, considérés comme un ensemble, je les nomme « le domaine de la jurisprudence délimité (*the province of jurisprudence determined*) ».²²²

Comme nous l'avons vu, pour Bentham, définir le droit est une opération qui se fait à deux occasions, quoique pour chacune de manière différente : premièrement, pour composer une *jurisprudence* expositive sur les lois existantes, dans ce cas-là l'idée de définition est en fait une énumération ; deuxièmement, pour concevoir un dispositif dans le but d'élaborer un manuel de gouvernement, la définition est un processus de

indication contraire. (*Ibid.*, p. 33). Nous gardons donc cette distinction entre « droit » et « loi » pour nous référer aux divers objets qu'il manipule.

²²¹ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 9

²²² *Ibid.*, p. 2.

création de protocole, comme un linguiste élabore une règle de syntaxe. Dans tous les cas, le droit est certes une entité bien plus importante que les autres, néanmoins le type de traitement scientifique qu'il reçoit n'est point différent des autres. Dans sa définition issue du deuxième type d'opération, il est d'abord défini en tant qu'« assemblage de signes » — quoique d'un genre particulier, il n'en reste pas moins un parmi d'autres. Quant à la science du droit, elle arrive certes à son terme avec l'achèvement du droit qu'elle a pour but de promouvoir, mais sa portée n'est pas limitée par la définition de celui-ci, son objectif étant de déployer les définitions de toutes les composantes d'un système juridique et les classements de toutes les variations de ces dernières. Pour Austin, en revanche, définir le droit consiste en une opération tout à fait différente. Il ne s'agit pas de parcourir toutes les lois pour exposer le système, mais de fixer par une simple formule le caractère essentiel qui distingue le droit, d'après lequel des lois positives individuelles peuvent être reconnues et classées comme telles. Une loi proprement dite (*law properly so called*) est « un commandement qui oblige une ou plusieurs personnes à suivre une certaine série de comportements. »²²³ Et « toute loi positive, ou toute loi simplement et strictement dite (*law simply and strictly so called*), est imposée par une personne souveraine ou un groupe de personnes souverain, à un ou des membres d'une société politique indépendante dans laquelle cette personne ou ce groupe de personnes est souverain ou suprême. »²²⁴ Cette notion de loi positive, une fois ainsi définie dans le cadre scientifique, devient un objet qui existe en soi et pour soi, de sorte que même s'il existe des cas qui contredisent cette définition, cela appelle seulement à une modification ou à la création d'une exception — Austin a opté pour cette dernière solution pour le statut juridique des étrangers, lequel ne peut être expliqué par la définition qu'il propose²²⁵ — mais ni l'identité de cet objet, ni l'idée de le définir en englobant toutes les concrétudes sous un concept abstrait ne seront changées.

Ainsi, le concept de loi positive saisi par la science a au moins deux fonctions que chaque loi prise individuellement n'a pas : la première, comme nous l'avons mentionnée, est de déterminer les confins de la science du droit ; la seconde, est de

²²³ *Ibid.*, p. 24.

²²⁴ *Ibid.*, p. 9

²²⁵ *Ibid.*, p. 350-355

définir un standard — la validité juridique. Ce standard est absolu, non seulement dans le sens où une règle est soit une loi positive, soit une toute autre chose (règle morale, loi religieuse, ou simple opinion), et ne peut pas être deux choses en même temps — c'est la première question à résoudre avant toute discussion ultérieure —, mais surtout dans le sens où aucun autre standard ne lui est supérieur ni ne peut le rendre nul. La loi positive, par définition, possède son propre standard. Elle peut être bonne, ou mauvaise, ou rien du tout par rapport aux autres standards, elle n'en reste pas moins valable en tant qu'elle-même. La fabrication de cet objet ouvre une instance indépendante, et cette indépendance annule la logique unique de la hiérarchie du monde de la morale, longtemps monopolisée par la notion de bien ou de justice. Car maintenant on peut avoir plusieurs hiérarchies parallèles de justice :

Par l'épithète *juste*, on veut dire qu'un objet donné auquel cette épithète est appliquée concorde avec une certaine loi à laquelle on le réfère comme à un test. Et comme ce qui est *juste* est conforme à une loi déterminée, la *justice* est cette conformité d'un certain objet à la même ou similaire mesure : car *justice* est le terme abstrait qui correspond à l'épithète *juste*.²²⁶

Il en résulte que :

Le droit est lui-même le standard de justice. Ce qui dévie d'une loi est injuste par rapport à celle-ci, malgré le fait que cela puisse être juste par rapport à une autre loi d'une autorité supérieure.²²⁷

À ce propos, Austin s'aligne sur la philosophie de Hobbes :

Il est ainsi affirmé par Hobbes, dans ses traités magistraux sur le gouvernement, qu'« aucune loi ne peut être injuste » ; proposition estimée par beaucoup comme un paradoxe immoral ou pernicieux. [...] [Elle est en réalité] un truisme mis en termes irréflechis. Sa véritable idée est évidemment ceci : « aucune loi *positive* n'est *légalement* injuste. » Aussi la décriée proposition, ainsi entendue, est incontestablement vraie. Car la loi positive est la mesure ou le test de la justice et de l'injustice légales.²²⁸

²²⁶ *Ibid.*, p. 262.

²²⁷ *Ibid.*, p. 190.

²²⁸ *Ibid.*, p. 260-261, note 23.

Il nous faut dire quelques mots ici sur la philosophie politique de Austin, qui est intimement liée à sa philosophie juridique. Comme Bentham, Austin est proprement hobbesien, dans le sens où ces trois auteurs partagent une même problématique sur la possibilité du gouvernement et adoptent la même approche théorique consistant à conditionner cette possibilité à l'existence de la souveraineté. Cette problématique de gouvernement peut être très brièvement résumée ainsi : avant qu'il soit question du bon ou du mauvais gouvernement ou ordre politique, il faut d'abord qu'il en existe un et, quelle que soit sa forme, mieux vaut en avoir un, même mauvais, que pas du tout : cela demeurant préférable au chaos total — voilà l'enjeu que pose le schéma de Hobbes. Aucun raisonnement sur la question de système politique ne peut négliger cette condition minimum, qui est la structure basique et nécessaire d'un gouvernement. Bien évidemment, cette structure minimum elle-même n'est pas une fin en soi, mais elle a certainement sa propre mécanique qui ne dépend d'aucune finalité prédéterminée pour qu'il existe autant d'exemples variés de gouvernement, des bons comme des mauvais, que l'on peut juger de mille façons. Ce mécanisme mérite donc d'être soumis à l'analyse scientifique au point d'en faire un sujet à part, et sa connaissance revêt une importance indépendante. Même si ni Bentham ni Austin n'approuvent le scénario du contrat social auquel Hobbes attribue l'origine de la formation de la souveraineté²²⁹ — les utilitaristes, avec leur croyance au principe d'utilité dérivant de la nature humaine, n'ont besoin d'aucune théorie fictive sur l'origine d'un organisme pour expliquer l'existence nécessaire du gouvernement et sa légitimité, ainsi que l'obligation d'obéir à ses ordres —, ils partent tous de ces trois éléments mécaniques pour construire leur théorie du gouvernement : le souverain, la communauté politique composée des individus, et la structure avec laquelle le premier fait régner un ordre au sein de la deuxième — le droit. Il s'ensuit donc très logiquement que le droit aussi contient sa propre mécanique qu'il convient de s'approprier, car si l'on ne peut pas s'en passer, autant savoir le maîtriser et l'optimiser, voire, s'il le faut, le défendre en tant que tel à des moments de crises politiques. Sans doute dans cette optique, à des niveaux variés, on pourrait qualifier ces trois personnages de positivistes.

²²⁹ Sur la critique de Hobbes par Austin portant sur ce point, voir *Ibid.*, p. 277-279 (note 25), 314-323, 277-279, note 25 ; p. 314-323 ; cf. *infra*. Section 2.

Mais s'ils sont positivistes au sens où le droit est défini à partir du souverain législateur, cette conception ne permet pas à tous trois de construire un positivisme juridique en tant que science au sens moderne du terme. Nous avons sans relâche essayé de montrer qu'au moins dans le cas de Bentham, sa science du droit peut difficilement être qualifiée de positivisme juridique tel que nous l'entendons, ou considérée comme une version primitive du positivisme contemporain, dans la mesure où celui-ci présente un modèle dans lequel la scientificité est complètement détachée de l'évolution de l'objet scientifique. Car un même contenu théorique de l'objet scientifique ne suffit pas à créer une même science ; il y a aussi la problématique, la configuration du modèle scientifique, la conception de l'objectivité, et la perspective quant à son rapport à d'autres sciences. Ici, en revenant à l'idée selon laquelle le droit possède son propre standard, autant Austin suit les pas de Hobbes et de Bentham en proposant un concept de droit dont le contenu soutiendrait cette idée, autant il la pense et la formule d'une manière très différente de ses prédécesseurs — une manière curieusement rigoureuse et nettement formelle au point de configurer, à partir de cette question de standard, la plus importante problématique constituant sa *jurisprudence*.

Section 2 Quand définir, c'est identifier : la scientificité austinienne

Le style de Austin est reconnu par beaucoup comme excessivement répétitif. Sa manière de définir son objet premier, la loi positive, en est justement un exemple. Celle-ci est abordée plusieurs fois dans l'ouvrage et, à quelques mots près, son explication est quasiment à chaque fois identique :

Car la différence essentielle d'une loi positive (ou la différence qui la sépare d'une loi qui n'est pas une loi positive) peut être ainsi formulée : toute loi positive, ou toute loi simplement et strictement dite, est imposée par une personne souveraine ou un groupe de personnes souverain, à un ou des membres d'une société politique indépendante dans laquelle cette personne ou ce groupe de personnes est souverain ou suprême.²³⁰

²³⁰ *Ibid.*, p. 193.

Ainsi écrit Austin au début du sixième séminaire, la dernière et la plus grande partie de *Province*, où il va enfin s'attaquer à la notion qui constitue « le sujet propre à la *jurisprudence* ». Ce sur quoi nous voudrions attirer l'attention est la phrase qui précède la définition — cette dernière, quant à elle, est reprise mot-à-mot de son introduction à ses séminaires. Une cinquantaine de pages plus loin, avec un petit rajout dans la définition, les mêmes phrases réapparaissent :

...la différence essentielle d'une loi positive (ou la différence qui la sépare d'une loi qui n'est pas une loi positive) peut être formulée de la manière suivante : toute loi positive, ou toute loi simplement et strictement dite, est imposée, de manière soit directe soit détournée, par une personne souveraine ou un corps souverain...²³¹

Près de la fin de l'ouvrage, on retombe sur la même formulation, sauf que cette fois-ci, elle est précédée d'une autre phrase :

Une loi positive peut être généralement définie de la manière suivante ; ou, la différence essentielle d'une loi positive (ou la différence qui la sépare d'une loi qui n'est pas une loi positive) peut être généralement formulée de la manière suivante : ...²³²

La notion de loi positive, ou le droit en général, n'est donc pas définie par son contenu, mais par sa différence. La définir, ce n'est pas dire ce qu'elle contient, ni exposer sa finalité, ni son utilité ; c'est dire ce par quoi elle se distingue des autres. Et distinguer, du point de vue de cette objectivité que nous sommes en train de voir naître, ce n'est pas par n'importe quelle particularité, ni par l'ensemble de toutes ses particularités. Une particularité seulement peut assumer ce rôle de distinction — celle considérée comme la plus essentielle — tout comme on ne peut avoir qu'une seule définition pour **la** définition. Car dans l'optique de cette objectivité consistant à saisir l'objet d'étude comme on saisit l'essence d'un triangle, la définition, par définition, ne peut qu'être unique. C'est seulement ainsi que celle-ci peut être considérée comme véritablement scientifique, et que l'on arrive à faire du droit un objet parfaitement scientifique. Cette objectivité, avec le peu de ce que nous en observons jusque-là, agit

²³¹ *Ibid.*, p. 253.

²³² *Ibid.*, p. 350.

apparemment sur un autre niveau au-delà de l'objectivité du type des botanistes, dont nous avons vu que le système de Bentham est un exemple.

Avec Austin donc, la loi positive peut être définie par ces critères qu'il a donnés. Et une fois ainsi conceptualisée, elle devient elle-même un critère, ou un standard, par rapport auquel d'autres lois ou règles peuvent être jugées et classées. En effet, cette manière d'aborder la problématique qu'il s'est fixée pour ces séminaires introductifs, à savoir la détermination de la portée de la *jurisprudence* (ou la *jurisprudence* générale), fait que la question centrale concernant le droit n'est qu'une question de critère, car il s'agit toujours de savoir si un objet ou un sujet de discussion doit faire partie de cette discipline. En réalité, à lire attentivement Austin, on découvre que cette logique ne s'applique pas seulement à la loi positive : il en va de même pour tous les autres genres de règles que Austin cherche à distinguer les uns des autres. Même si, en théorie, elles ne font pas partie de la *jurisprudence*, les règles morales reçoivent elles-aussi le même traitement scientifique dans *Province* : en tant qu'objet d'étude, il s'agit de les connaître par certains critères, et de les considérer sous une notion abstraite, pensée, elle aussi, comme un certain critère. Ainsi Austin parle toujours de la morale **positive** — et non pas de la morale tout court —, en tant que quelque chose de donné qu'il convient d'identifier, et qui, de ce fait, indique tout simplement un autre standard parallèle à la loi positive. Il s'agit finalement de se servir de ces critères scientifiquement déterminés comme des points de repères, ceux qui ancrent, et par là-même génèrent, de véritables connaissances sur tous les phénomènes de caractère impératif, et ceux à quoi toute théorie d'ordre juridico-politique devrait être soumise pour examiner sa pertinence minimum. Ainsi est déployé une sorte de règle du jeu basique sur laquelle toute discussion et tout raisonnement de ce domaine devront se baser si l'on veut que ceux-ci soient intelligibles et éclairés conformément à la scientificité telle qu'elle est entendue par Austin. On peut voir un exemple lorsqu'il traite de la notion de coutume :

Les admirateurs de la coutume aiment parer leur idole d'attributs mystérieux et impressionnants. Mais pour ceux qui voient la différence entre la loi positive et la morale, il n'y a pas de mystère là-dedans. Considérées comme des règles de morale positive, les lois coutumières relèvent du consentement des gouvernés, et non pas à partir de la position des supérieurs politiques ni

de ce qu'ils établissent. Mais, considérées en tant que règles morales transformées en lois positives, les lois coutumières sont établies par l'État : de manière directe, lorsque ces coutumes sont promulguées dans ses lois ; de manière détournée, lorsqu'elles sont adoptées par ses tribunaux.²³³

Saisir la notion de coutume dans l'optique de cette approche consistant à déterminer la portée de la *jurisprudence* comme celle de la science de la morale positive (si une telle science peut être imaginée), c'est donc savoir comment attribuer une loi coutumière dans l'une de ces deux catégories. La coutume est certes une création par l'usage et non pas décrétée par l'État, ceci ne fait cependant pas d'elle une catégorie à part ; elle présente certes plutôt une observance volontaire qu'un ordre répressif, cela ne lui ôte toutefois pas le qualificatif de commandement. Un autre exemple porte sur l'idée courante de convention originelle :

... pour rendre compte des devoirs des sujets envers leur gouvernement souverain, ou ceux de ce dernier envers ses sujets, nous n'avons pas à recourir à l'hypothèse d'un pacte civil fondamental. Nous pouvons suffisamment rendre compte de l'origine de ces obligations en les référant simplement (même sans supposer l'existence d'une convention originelle) à leur sources apparentes et évidentes : à savoir, la loi de Dieu, la loi positive, et la moralité positive.

[...] bien que la formation d'une société politique indépendante ait vraiment été précédée par une convention originelle, parmi les devoirs qui sont par la suite imposés aux sujets, ou ceux imposés au souverain, presque aucun ne serait engendré ou affecté par cet accord précédent.

Toute convention qui oblige (proprement ou improprement), tire son effectivité d'une certaine loi (proprement ou improprement dite). Si une convention oblige légalement, elle tire son effectivité de la loi positive ; si elle oblige religieusement ou moralement, elle tire son effectivité de la loi de Dieu ou de la morale positive.²³⁴

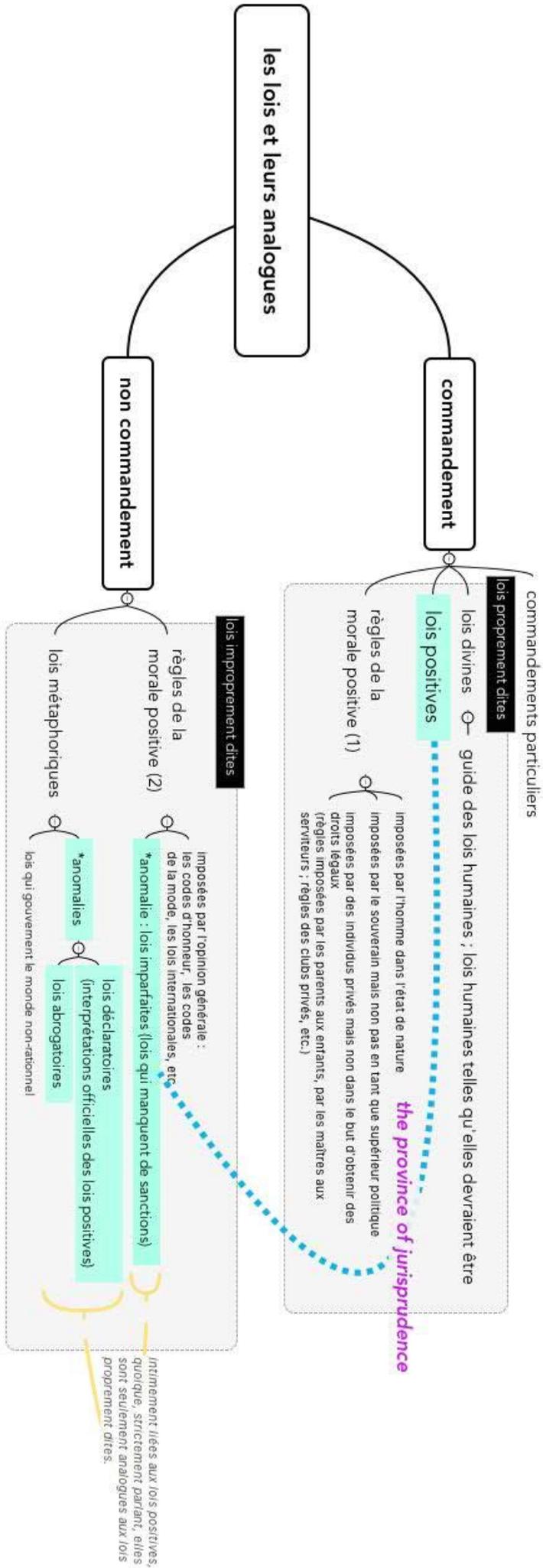
La pertinence de ses propos nous importe peu, notre but étant de souligner d'où proviennent des connaissances qui, d'après le modèle en question, sont dignes du nom de science. Le système de Austin s'avère extrêmement simple en ce sens : comprendre les phénomènes des règles de toute sorte, c'est réussir à saisir les moments où elles sont validées en tant que règles. La validité suffit à donner sens à leur existence ; elle est elle-même la source de justification, et non pas celle qui doit être justifiée. Voilà la

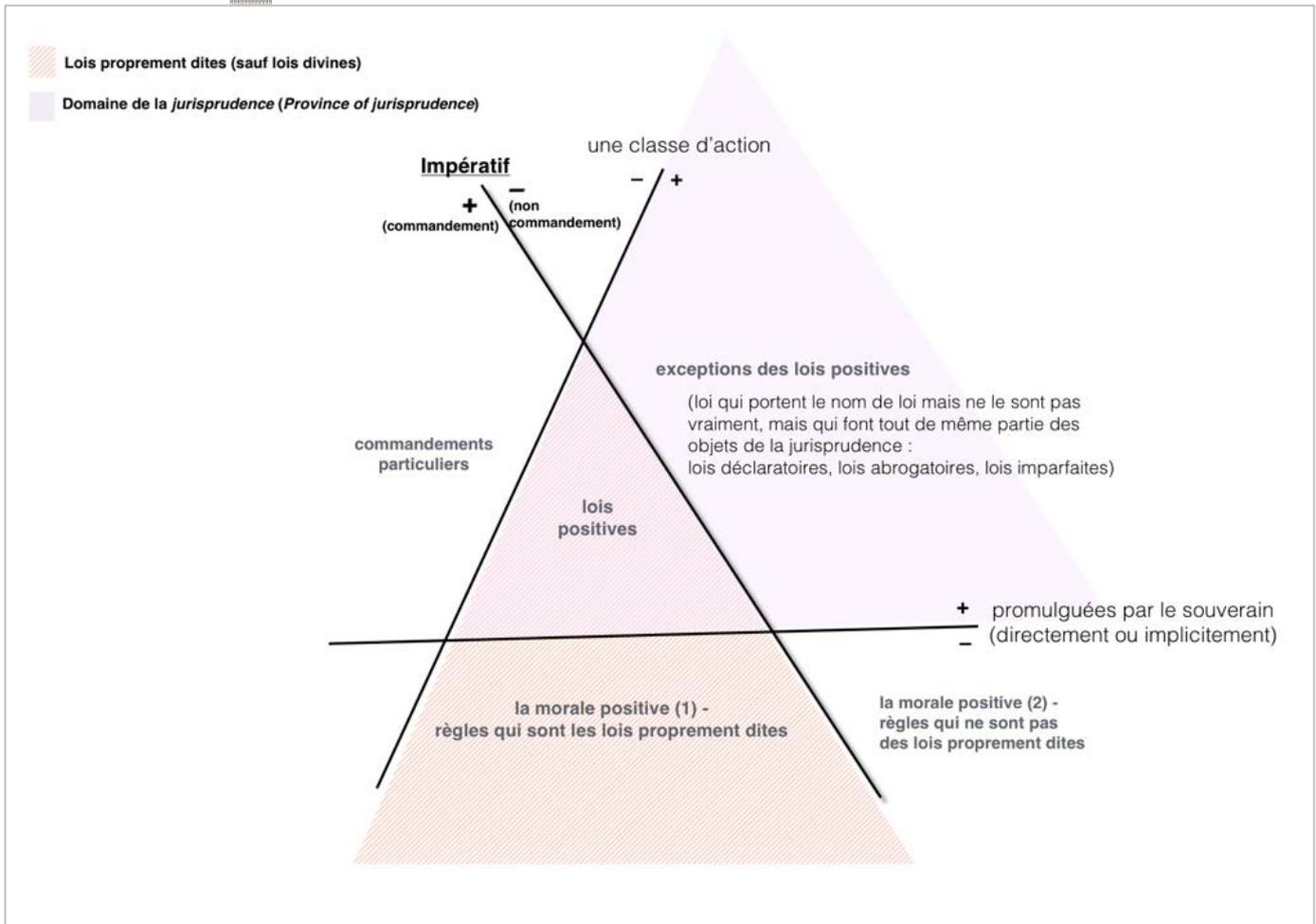
²³³ *Ibid.*, p. 32

²³⁴ *Ibid.*, p. 314-316.

scientificité sur laquelle se fonde la *jurisprudence* de Austin en tant que discipline. C'est une scientificité qui consiste à identifier les objets d'une certaine manière, sans plus ni moins ; elle ne prend en compte ni leur origine, ni leur raison, ni leur contenu, ni leur finalité. Les moments proprement scientifiques dans son système sont des moments de distinction. Aussi, on pourrait dire que dans le titre *The Province of Jurisprudence Determined*, le « *province determined* » est probablement plus important que la « *jurisprudence* ».

C'est dans cette optique que Austin, avec son langage étrangement redondant, procède à une division rigoureuse de tous les objets qui, à tort ou à raison, portent le nom de « loi ». L'opération est présentée dans son cinquième séminaire que nous allons, pour nous orienter dans son raisonnement rigoureux sans entrer dans les détails, résumer seulement avec les graphiques ci-dessous :





Règles imposées par l'homme

Les lois divines mises à part, Austin emploie trois critères pour distinguer les objets qui sont, à tort ou à raison, appelés « loi » : s'il s'agit d'un impératif contraignant (un commandement) ou non ; si ce qui est ciblé est une classe d'action ou une action particulière ; si la règle est prescrite dans un rapport politique (dans un cadre institutionnel) ou en dehors. En appliquant le premier critère, toute « loi » digne de ce nom doit être un commandement. Dans ce sens, une loi morale, tant qu'elle est munie d'une sanction, condition nécessaire d'un commandement, n'est pas moins une loi qu'une loi positive. En revanche, tous les commandements ne sont pas des lois, car il peut s'agir d'un commandement particulier qui ordonne un acte précis à un moment donné. À ce titre, les prescriptions institutionnelles qui ne sont pas des commandements, sont néanmoins plus proche de la catégorie de la loi positive que les commandements politiques particuliers, du fait justement du caractère non-déterminé de l'application de ces prescriptions. Celles-ci tombent donc exceptionnellement dans la portée de la *jurisprudence*, autrement réservée pour la loi positive. La dernière distinction importante est celle qui existe entre la loi positive et la morale positive. Une fois précisé que la loi positive est issue du rapport entre les membres d'une communauté politique et le souverain de celle-ci, cette distinction ne pose plus de problème conceptuel pour Austin. Par contre, ce qui lui est délicat est de déterminer la nature de ce rapport politique, ce à quoi il procède justement en se basant largement sur cette distinction entre l'obligation légale et l'obligation morale ; thème qui occupe tout le sixième séminaire, le plus volumineux de *Province*.

Section 3 Boucler la boucle : la loi de Dieu

Le dernier point que nous aimerions souligner dans *Province* est un élément qui a toujours été ignoré voire critiqué par cette tradition analytique qui reconnaît l'œuvre comme son précurseur²³⁵, et qui est pourtant à notre sens l'élément le plus intéressant de cette *jurisprudence*, non en tant que science qui propose une nouvelle conception du droit, mais en tant que science qui réussit à s'accomplir. Il s'agit de la notion de loi de Dieu, ou des lois divines, qui, malgré le fait évident qu'elle n'a pas sa place dans le domaine de la *jurisprudence*, occupe néanmoins trois séminaires sur six dans l'exposition de Austin. Par définition austinienne, la loi de Dieu est le commandement de Dieu. Cette notion assure deux fonctions dans le système de Austin. D'abord, elle lui permet d'introduire et d'élaborer le principe d'utilité. En effet, Austin commence par diviser les lois divines en deux catégories : celles qui sont révélées — c'est-à-dire les commandements transmis explicitement à l'homme « à travers le langage humain ; prononcés directement par Dieu, ou par les servants qu'il envoie dans le but de les annoncer »²³⁶ — et celles qui ne le sont pas. « Dans la mesure où les lois de Dieu sont révélées clairement et incontestablement, nous sommes tenus de guider notre conduite en respectant la signification évidente de leurs termes. Dans la mesure où elles ne sont pas révélées, nous devons recourir à un autre guide : à savoir, l'effet probable que peut avoir notre conduite sur le bonheur ou le bien général, lequel est l'objectif du

²³⁵ Cf. J. B. MURPHY, « Positive Divine Law in Austin », dans M. D. A. Freeman et P. Mindus (éd.), *The legacy of John Austin's jurisprudence*, Dordrecht New York, Springer, 2013, p. 169-183. Pour donner sens à l'incompatibilité visible entre la notion de loi de Dieu de Austin et le reste de son approche, Murphy situe la pensée juridique de Austin dans une tradition qui est difficilement compréhensible à ses contemporains, à savoir la scolastique médiévale. « Austin placed himself in the medieval and early modern natural law tradition of moral and theological reflection on law. Austin's commentators have long puzzled over why he devotes so much of his exposition of the philosophy of positive law to the topics of moral truth and divine law. But these puzzles vanish when we situate his jurisprudence in its proper context. For the schoolmen [Austin], positive law could be illuminated only in relation to the moral truth of the natural law and the claims of divine law. » (p.170) « Nowhere does the Benthamite reading of Austin distort his thought more than in relation to divine law. » (p.174) D'après Murphy, la *jurisprudence* de Austin devrait être qualifiée de théorie du commandement basée sur un fondement théologique (*divine-command theory of moral and legal obligation*), même si ce fondement est simplement présupposé et n'a pas été démontré par Austin — d'où la méconnaissance répandue sur cette influence scolastique chez Austin. Cependant, Austin n'a pas suffisamment doté sa notion de loi de Dieu de clarté conceptuelle, et toutes les questions concernant les conflits entre les lois positives et la loi de Dieu, ou entre les lois divines révélées et les lois divines non-révlées, ne trouvent pas de solution à la fois constante et satisfaisante chez Austin. Et Murphy en explique la principale raison : les humanistes médiévaux reconnaissaient la qualité positive d'une loi de deux façons distinctes — par l'acte de législation, ou par le manque de valeur morale intrinsèque ; or, Austin semble y rajouter un troisième critère : est positif uniquement ce qui est d'origine humaine. Tandis que la notion de lois divines **positives** pouvait très bien exister pour la tradition scolastique — car toute loi divine, en tant qu'elle est imposée par la volonté de Dieu, est positive selon le premier critère ; en tant qu'elle présente ou non une valeur morale intrinsèque, elle peut être soit positive soit naturelle selon le deuxième critère — elle ne tient plus et devient ainsi un angle mort dans la théorie de Austin qui n'arrive plus à conjuguer le positif et le divin.

²³⁶ *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 34-35.

Législateur Divin avec toutes ses lois et tous ses commandements. »²³⁷ Autrement dit, c'est le principe d'utilité qui va éclairer l'enseignement implicite des paroles de Dieu — tel est son rôle principal vu dans cette approche consistant à identifier chaque type de loi.

Dans cette mesure, cependant, le principe d'utilité n'a pas le statut de droit chez Austin. Et strictement parlant, il n'est pas non plus, contrairement à ce que nous avons vu chez Bentham, ce qui devrait être traduit ou réalisé directement dans le système du droit positif. Si le principe d'utilité occupe la place suprême dans la pensée juridique de Bentham, chez Austin, il est seulement celui qui est le plus proche de la loi de Dieu. Il est tout simplement un principe épistémologique qui, en vertu de son empirisme porté sur la nature humaine, fournit la méthode permettant de juger le plus scientifiquement possible le bien et le mal. Ces derniers étant réservés à être déterminés par Dieu, le principe a beau pouvoir les saisir, il ne les décrète pas lui-même. « Le principe d'utilité générale est l'*indice* de bon nombre de ces devoirs ; mais le principe d'utilité générale n'est pas leur source. Car les devoirs ou les obligations émergent des commandements et des sanctions. Et les commandements, manifestement, ne proviennent pas des abstractions, mais des êtres vivants et rationnels. »²³⁸ Il est donc tout à fait clair que, pour Austin, une règle qui détermine l'ordre naturel des choses dans une société humaine ne se traduit pas pour autant en un impératif ; et il n'y a pas non plus chez lui le type de projets que l'on a vu chez Bentham, consistant à construire un système juridique à partir de quelconques règles naturelles. Dans ce sens, on peut dire que Austin, contrairement à son maître Bentham, s'est complètement débarrassé de tout résidu « naturaliste ».

Bien d'autres disciples de Bentham contemporains de Austin trouvent cette notion de loi de Dieu superflue.²³⁹ Est-il vraiment nécessaire de garder une place pour la divinité ? Le principe d'utilité ne suffit-il pas à donner un but à la science du droit ? D'après les souvenirs de son entourage, il est peu probable qu'il s'agisse d'une croyance

²³⁷ *Ibid.*, p. 42-43.

²³⁸ *Ibid.*, p. 43.

²³⁹ L. HAMBURGER et J. HAMBURGER, *Troubled lives, op. cit.*, p. 41-42.

personnelle.²⁴⁰ Il se peut qu'il reconnaisse plutôt l'utilité de la religion, notamment du christianisme, dans son rôle pédagogique dans la formation des sentiments moraux de la population²⁴¹ — ce qui n'est pas incompatible avec sa tendance conservatrice de plus en plus observable à partir de sa cinquantaine.²⁴² En même temps, à part des idées générales comme « le bien général » ou « le bonheur de l'humanité », Austin n'a jamais vraiment expliqué en quoi consiste cette loi de Dieu, les trois-quarts des discussions étant consacrées à la manière dont on peut la connaître et, dans ce sens, à défendre le principe d'utilité. Tout semble donc donner raison à la critique contre l'usage de cette notion. Du moins, si l'importance de la théorie de Austin peut être estimée de différentes façons, personne ne compterait parmi l'héritage de la pensée austinienne sa notion de loi de Dieu.

Néanmoins, s'il est impossible de savoir comment Austin aurait reconfiguré son système si cette notion de loi divine avait dû être condamnée, nous remarquons que son usage joue un rôle particulier dans la structure actuelle de *Province* — et c'est là sa deuxième fonction. D'abord, tout comme les autres types de loi, la loi de Dieu représente aussi pour Austin un standard. Même si l'homme, tout en ayant la capacité d'entendre les volontés de Dieu à travers les bons et les mauvais sentiments — version austinienne de la thèse utilitariste —, n'est pas à même de pénétrer à cent pour-cent et directement la loi divine, il n'empêche qu'on peut parler de l'existence de celle-ci en tant que quelque chose de donné, qu'il convient de distinguer pour l'identifier. Voilà donc un objet qui est le contraire du positif mais qui peut tout de même être considéré comme l'objet d'une science positiviste. Ensuite, nous avons vu que la notion de loi, quel qu'en soit le type, en tant que standard, fonctionne non seulement comme une référence d'identification, mais aussi comme un examen de justice — une chose n'est jamais juste ou injuste en soi ni dans l'absolu, mais par rapport à la loi dont il est question. Cette deuxième utilité de la loi divine, à savoir un

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 42

²⁴¹ *Id.*

²⁴² Austin a beau être utilitariste, son utilitarisme est très différent de celui de Bentham sur le plan politique, et présente une influence de ce qui est connu sous le nom de « utilitarisme théologique » développé par William Paley. Voir P. SCHOFIELD, « Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence », *The Journal of Legal History*, vol. 12, n° 1, 1991, p. 63. L'évolution des pensées politiques de Austin témoigne d'un basculement progressif du radicalisme au conservatisme, en passant par l'élitisme. Son attention portée sur la question de constitution pendant la dernière période de sa vie montre une affinité avec l'école historique. Voir L. HAMBURGER et J. HAMBURGER, *Troubled lives*, *op. cit.*, p. 44-52, 181-191.

standard pour juger, s'avère d'autant plus importante lorsqu'on se situe dans une catégorie en dehors d'elle, à savoir les lois créées par l'homme :

...la loi divine est la mesure ou l'examen de la loi positive et la morale ; ou (je reformule), la loi et la morale, pour autant qu'elles soient ce qu'elles devraient être, sont conformes, ou ne sont pas contraires, à la loi de Dieu.²⁴³

Les termes « moralité » (*morality*), « moral », ou « moralement », sont souvent tacitement opposés à « immoralité », « immoral », ou « immoralement », et signifient que l'objet auquel ces termes sont appliqués ou référés est approuvé par la personne qui parle ou qui écrit. Néanmoins, par le terme « morale » (*morality*), je désigne simplement les règles humaines que je nomme « morale positive ». Et par les termes « sanctions morales », [...] je veux tout simplement dire que les règles auxquelles les sanctions sont attachées, ou à travers lesquelles les devoirs ou les droits sont imposés ou conférés, sont des règles morales positives — règles revêtant le caractère générique que j'ai mentionné et expliqué plus haut. Si je voulais louer ou blâmer une règle humaine positive, ou un devoir ou un droit que cette règle impose ou confère, je le formulerais ainsi : ceci est en accord avec la loi de Dieu, ou contraire à celle-ci. Ou alors — ce qui revient au même —, je qualifierais ceci comme généralement utile, ou généralement pernicieux.²⁴⁴

Cette loi de Dieu est donc le nom du devoir-être du droit et de la morale. Elle fonctionne comme un présupposé qui permet de concevoir et de parler de ce que toutes les autres lois devraient être, comme quelque chose qui **est** simplement. Si on devait soumettre cette notion de loi de Dieu à une entreprise scientifique (à travers, bien évidemment, l'étude de son indice), cette science s'appellerait la science de l'éthique.²⁴⁵ Mais ici, il ne s'agit pas de celle-ci. Il s'agit de retracer les confins de la science du droit, la *jurisprudence* au sens austinien du terme, c'est-à-dire l'identification des objets appartenant à la catégorie de l'être du droit positif. Alors, il suffit de pouvoir nommer les autres objets qui lui font frontières ; il suffit que ces objets se présentent à nous en tant que noms ; il suffit de comprendre qu'il existe d'autres standards par rapport auxquels le droit peut à son tour être jugé, ce à partir de quoi seulement on peut logiquement penser ce que le droit pourrait ou devrait être. Seule l'idée des frontières est nécessaire pour la définition de la science en question, et non pas les contenus en

²⁴³ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 6.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 157-158, note 8.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 6.

lesquels consistent ces éléments frontaliers. La loi de Dieu, telle qu'elle est présente dans *Province* et en tant que concept privé de contenu substantiel, remplit justement par là-même une condition épistémologique nécessaire à l'objet en question — la loi positive — qu'il s'agit seulement d'identifier. Avec la loi de Dieu, Austin parvient à parler du bien en termes de loi, et ainsi est clôturé le système scientifique positiviste sur la loi strictement et simplement dite.

Section 4 Conclusion du Titre : émergence d'une nouvelle science ?

À la fin de *Province*, Austin conclut que la définition de la loi positive qu'il propose n'est pas à vrai dire une définition parfaitement complète, mais qu'elle contient suffisamment d'exactitude pour atteindre l'objectif qu'il s'est fixé pour ses six premiers séminaires : la délimitation de la portée de la *jurisprudence*, en distinguant la loi positive des autres objets qui lui sont liés par ressemblance ou analogie. Par contre, s'il fallait vraiment rechercher une définition qui soit parfaite, cela nécessiterait un parcours complet de l'ensemble du système des lois, et la définition qui en résulte contiendrait trop de détails pour être apte à servir un tel projet consistant à « suggérer le sujet de la science avec autant de complétude et d'exactitude que de généralité et de brièveté. »²⁴⁶ Cet objectif implique donc que Austin laisse de côté toutes les anomalies qui auraient compromis sa manière de définir le droit. Malgré cela, ainsi l'affirme-t-il, cette définition de la loi positive reste intacte quant à sa capacité à illuminer l'identité de la science du droit.²⁴⁷

Il ne faut donc pas beaucoup d'effort pour s'apercevoir que cette approche de Austin risque de faire naître une structure tautologique dont hérite le positivisme juridique contemporain : parallèlement à la définition du droit, il est également question de la définition de la science du droit ; et si la portée de la science peut être distinguée en définissant le droit, son plus grand office consiste aussi à identifier ce dernier. Peut-on dire que, tout comme son objet, la science du droit s'est scindée aussi en deux chez

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 355.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 354-355.

Austin : une — appelons-la *S* — qui poursuit cette entreprise ancienne qui est l'art de raisonner avec les phénomènes et les matières juridiques ; et une autre, *S'*, la nouvelle, qui est une conceptualisation de la scientificité de *S*, ou plutôt, une science qui se construit en prenant conscience de son propre statut de science ? Peut-on y voir une vraie prétention, même implicite, de créer une telle nouvelle science ? Austin dirait-il, comme le disent certains des positivistes contemporains, que seule cette nouvelle *S'* peut être considérée comme la véritable science sur le droit ?

En face de ces questions difficiles, auxquelles nous doutons qu'il puisse jamais y avoir de réponse parfaite, il ne faut pas oublier que *The Province of Jurisprudence Determined*, en dépit du fait d'être l'ouvrage le plus connu de Austin, ne constituait que la partie introductive de son cours sur la *jurisprudence* universelle. Dans le contexte de l'époque, il lui a sans doute semblé nécessaire de définir cette discipline qui n'en avait jamais été une. C'était ensuite une démarche tout à fait logique, voire nécessaire, de commencer par distinguer les différentes « *laws* », ne serait-ce que pour savoir de quelle *law* il était question quand il prononçait : *the science of law*. Se focaliser sur les conditions formelles de l'effectivité des lois, les distinguer, et les classer — avec son discours répétitif et rigoureux, il tissait un langage logique et disciplinaire qu'il considérait nécessaire pour entamer toute discussion sur le droit dans un cadre scientifique délimité. Sur ce point, Hart a sans doute pertinemment commenté l'importance de l'entreprise de Austin en disant qu'il a réussi à séparer les doctrines constituant sa jurisprudence « des discussions politiques et philosophiques dans lesquelles celles-là mêmes sont ancrées et de reformuler [ces doctrines] avec une nouvelle rigueur »²⁴⁸ ; même si, lu d'autres manières, le même ouvrage est aussi riche en réflexions politiques. Tout compte fait, il nous semble difficile de considérer qu'il y a chez Austin une vraie séparation entre science du droit - *S* et science du droit conceptualisée - *S'*, si ce n'est pour simplement élaborer, avec une dérivation de *S'*, une nouvelle approche, pour ensuite retourner à *S* pour la rénover et la recadrer.

Il n'empêche qu'avec Austin, on a un objet et une science qui semblent taillés sur mesure l'un à partir de l'autre. La scientificité de cet objet réside dans le fait qu'il peut

²⁴⁸ Introduction de Hart dans *Ibid.*, p. xvi.

être pensé seulement à travers les éléments qui le structurent et le distinguent, sans nul besoin d'indiquer les idées qui composent sa substance — il est scientifique en tant que contenant, et non pas par son contenu. Et la science du droit est déployée de telle manière que, tout en reconnaissant le principe d'utilité, elle n'a plus besoin d'aucune image de l'homme et de sa nature au sein d'elle-même pour établir son objectivité ; c'est même justement en s'en débarrassant que cette dernière a pu naître.

Mais il reste encore un point crucial qui différencie Austin du positivisme juridique contemporain. Si, pour Austin, l'identité de l'objet de la science du droit est une évidence qu'il suffit de bien formuler avant d'entrer dans le sujet, pour le positivisme contemporain, elle devient l'ultime question à laquelle on ne peut répondre qu'à la fin de tout un ouvrage de démonstration.²⁴⁹ La structure tautologique entre la science et son objet qui devait simplement être un sous-produit du système de Austin, devient à la fois le plus grand défi et une source de fascination pour les positivistes. De là est née une tension permanente qui détermine l'enjeu de ce courant de pensée : comment, une fois après avoir développé voire perfectionné la théorie de *S'* jusqu'à en faire une science pure, peut-on encore résister à cette logique monopoliste portant sur le statut de science, et continuer à accorder ce titre à d'autres types de connaissances qui concernent le droit ? Nous terminons ce Titre avec cette question qui caractérise le positivisme juridique contemporain, et qu'une analyse du modèle épistémologique de Austin comme la nôtre permet de penser. La question méritant toute une autre discussion, nous ne pouvons que nous abstenir de l'explorer davantage.

²⁴⁹ Sur ce point, l'introduction éditoriale de Wilfrid E. Rumble a signalé un phénomène intéressant dans l'histoire de la réception de *Province* : les commentaires de la première édition se focalisaient avant tout sur les discussions portées sur l'utilitarisme, et faisaient peu attention à la définition de la loi positive, la séparation entre droit et morale, et le concept de souverain mis en avant par Austin. La situation a été pleinement renversée durant le dernier quart du siècle. Voir une autre édition de l'ouvrage : J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, W. E. Rumble (éd.), New-York Melbourne, Cambridge University press, 1995, p. xx-xxii.

PARTIE II De l'Ordre à l'Histoire — la naissance de la positivité du droit

Titre 1 MOMENT ARCHÉOLOGIQUE DE KANT

Chapitre 1 La Science : l'enjeu commun de la fin du XVIII^e siècle

Section 1 D'un art à une science pure : grande ligne d'une évolution

Malgré le fait qu'il soit essentiellement une création conceptuelle, pendant la plus grande partie de l'histoire du droit européen, le droit au regard scientifique a toujours été indissociable d'un corpus au sens étymologique du terme. On peut presque parler des « matières » du droit toutes les fois où il est question de trouver la solution qui indique le sens du droit dans un cas posé, comme s'il était question de chercher un objet particulier parmi des milliers. On peut aussi, à l'occasion d'un bilan sur l'ensemble du système juridique ou dans un cas concret, réfléchir le droit en termes de manque (lorsqu'on constate des vides normatifs), d'abondance, d'ordre et de désordre des éléments qui composent le système, ainsi que d'éventuelles concurrence ou concordance entre eux, comme s'il s'agissait d'un type de ressource et des questions de sa quantité, sa qualité et son organisation. En restituant cette histoire scientifique avec ces termes — corps, matières, institutions — nous n'entendons par là dresser aucune frontière : ni celle qui distingue entre la notion empiriste du droit et d'autres notions qui s'y opposent, ni celle qui sépare le droit positif d'un côté et la science qui l'a pour objet de l'autre. Car non seulement ces frontières ne présentent pas grande

utilité à notre propos — ce qui va s'éclaircir au fil de notre discussion —, mais aussi et surtout, nous ne cherchons à avancer aucune définition quelconque. Nous voulons tout simplement reconstruire la perspective du point de vue de la science et mettre en lumière le comment de son fonctionnement avec ce qui lui est possible et impossible. À ce titre, certes, le droit en tant qu'idée n'a jamais cessé d'être pensé purement conceptuellement, mais en vue d'obtenir une exactitude dans une situation juridique réelle ou éventuelle, pratique ou théorique, la science du droit ne saurait s'opérer dans le vide et ne saurait se passer de ces matières qui représentent pour elle à la fois une inépuisable ressource et une incontournable limite. En ce sens, la science du droit ne saurait être une activité spéculative, un usage de logique ou une construction de théorie sans qu'elle soit d'abord et en même temps une question de maîtrise. La qualification de « science du droit comme art » se base justement sur cette manière dont elle perçoit sa propre pratique en tant que science : tout commence par la confrontation d'une empiricité qui n'est pas celle du droit lui-même mais qui lui est inévitablement associée, comme une sorte de médiation.

Malgré donc l'idée ancienne selon laquelle le droit n'est pas séparable de la science du droit — puisque la méthode scientifique est indispensable à son fonctionnement et à son intelligibilité — du point de vue de la science du droit, c'est presque comme si elle était toujours en retard, toujours en train de rattraper la représentation du droit, portait toujours un regard rétroactif sur ce à quoi elle était censée s'intéresser. Elle crée, certes, mais seulement en traitant ce qui est déjà. À ce propos, il est évident que ses matières ne se limitent pas au seul droit positif, car celles-ci ne connaissent pas de frontière de ce genre, et ce qui se passe suite à la redécouverte des compilations de Justinien à la fin du XI^e siècle en est la meilleure preuve : leur contenu ne devient une partie du droit positif qu'après leur digestion scientifique et leur mise en pratique par des juristes. Ce qui détermine cette rencontre entre la science du droit et ses matières, ce qui fait qu'une chose est donnée comme telle devant elle, ce n'est donc pas la qualité d'être en vigueur, mais la qualité d'être d'ordre juridique tout simplement, quelque chose qui peut avoir un rapport avec le sens du droit, qui peut en avoir le potentiel, ou qui peut en être une représentation. Le droit n'est pas une évidence immédiate, il est à

rechercher dans le concret. Dans cette optique, il est presque perçu comme un prédicat et non pas comme une existence en soi.

La science du droit de chaque époque se voit donc confrontée à une masse de diverses matières accumulées jusque-là, matières qu'elle est censée ordonner et dont elle devrait tirer des sens : sources du droit, textes de lois, pratiques coutumières, règles juridiques en vigueur ou désuètes, doctrines et autres travaux scientifiques ou pédagogiques précédents susceptibles d'apporter une utilité à la construction d'un sens du droit ; le tout multiplié encore par la pluralité régionale dans une Europe où a fleuri la communauté de *ius commune* et où les idées ne cessent de s'échanger. En ce sens, la science du droit dispose de la même ingéniosité dont se dotent bien d'autres arts et sciences, c'est-à-dire la capacité de voir un ordre, là où règne la diversité et la complexité des choses, et d'y frayer un chemin ou de construire un système. À partir du moment où l'on arrive à reconnaître leurs confins et à en dessiner un monde, leur multiplicité représente du moins un défi positif, sinon une condition nécessaire pour la science qui y travaille. La science ne peut être à la fois possible et nécessaire que si le corpus n'est pas d'une confusion complète qui rejette toute tentative intellectuelle, ni d'une clarté qui nécessite aucun effort de ce genre.

Les crises se produisent lorsqu'il n'y a plus de « monde » concevable dans ce sens, soit parce que les changements du contexte politique ou social ou l'émergence de nouvelles technologies exigent qu'on imagine un autre ordre ou d'autres institutions que ce que les matières juridiques actuelles peuvent soutenir, soit parce que l'accumulation de celles-ci, des coutumes, des lois, des exégèses, des méthodes et des principes, entre autres, arrive à un point où les contradictions deviennent trop pesantes que même les interprétations les moins conventionnelles ne permettent plus à la science de s'en emparer. Dans un cas comme dans l'autre, c'est dans la même direction que l'on aperçoit la possible sortie de crise : il faudrait, tout en continuant à construire le système, trouver un moyen de s'éloigner voire de contourner partiellement le corpus sans que l'idée de droit comme telle perde son autorité. Les solutions concrètes relèvent de deux catégories : politique ou scientifique. Mais même des solutions politiques —

— compilation des lois, législation, codification, constitution ou encore révolution —
— ne sauraient se faire sans discours scientifique.

L'arsenal de la science du droit est ainsi garni de techniques pour se libérer de cette dimension « corporelle » du droit — son donné, sa matière, les représentations institutionnelles de son existence et les pensées documentaires constituant son potentiel — tout en continuant à s'appuyer sur elle. La science du droit exprime sa perpétuelle fascination envers ce monde immense des matières juridiques par sa tentative continue de le vaincre avec son pouvoir spéculatif qui ne dépend d'aucun donné, la partie qui atteste sa pureté et qui de ce fait indique son identité. Ainsi, dans chaque époque la science du droit cherche à être plus « scientifique », à se rapprocher d'une « véritable » science, et bien que chacun entende ces termes à son gré, une tendance générale peut être observée : surmonter le corps du droit afin justement de rendre ce corps d'autant plus intelligible, utile et puissant. Pour mieux le cerner, il faut partir d'ailleurs, il faut adopter une perspective et une méthode qui le dépassent. Ainsi, la diversité qui signifiait la richesse des matières, garantissait le réservoir des sources juridiques potentielles et se traduisait en l'érudition, représente désormais un risque de désordre et d'embrouille, qui est de ce fait susceptible de masquer la vérité du droit. Celle-ci, jadis considérée comme documentée dans des textes et incarnée dans des paroles (de Dieu), est maintenant à chercher dans ce qui est invisible ou non-dit. On pense tout de suite à la notion de droit naturel, recours récurrent lorsque le droit positif est considéré comme malfaiteur, invoqué justement suivant cette croyance selon laquelle la véridicité devrait se trouver dans la face cachée des choses. Mais le droit naturel n'est qu'un exemple parmi d'autres, et à cet égard les mots clés peuvent être multipliés : l'essence, l'origine, l'ordre naturel, la logique interne, les principes, le fondement, le système, l'esprit, la raison, etc., tous plus abstraits les uns que les autres. Ainsi, le concept de droit et la science du droit subissent tous deux de perpétuelles évolutions, mais ce rapport entre la science et son objet qu'elle projette pour elle-même est aussi constant qu'un trajet d'astre, à ceci près qu'elle semble graviter de manière de plus en plus éloignée du centre, là où se trouve son objet. Toujours est-il qu'elle gravite sans relâche et ne le quitte jamais des yeux. À croire que son éloignement a pour effet d'élargir le champ de force de son objet.

La longue histoire de la science du droit peut ainsi être vue comme une éternelle lutte entre l'inébranlable existence des matières juridiques et d'autres possibles desseins que la science espère voir concrétiser, entre des retours incessants à ce qui est (que chacun dans son époque conçoit différemment) et des fuites inlassables vers ce qui est seulement possible, avec, pourtant, une tendance graduelle à accentuer cette deuxième direction afin de ressaisir le monde du droit qui sinon risque de ne plus tenir, ce qui rend en même temps la science du droit de plus en plus une entreprise cruciale et indépendante. Cette dynamique ne s'arrête jamais car la logique qui l'anime est si simple : si l'on n'arrive plus à faire sens de ce qui est donné, c'est que la vérité est encore ailleurs. Des paradigmes de modèles scientifiques et leur changement trouvent leurs indices le long d'un tel spectre de gradation qui trace depuis le plus tangible des choses jusqu'au plus idéal des concepts, lequel peut être qualifié de pure œuvre de science dont les innombrables expériences particulières ne sont que des reflets partiels de la rationalité. Au début donc, tout près des matières, on les interprète minutieusement, on les compare, on y trouve des ressemblances qui constituent la base de connaissances (gloses, exégèses). Plus loin, on les met dans des contextes plus larges qu'elles (contexte historique, philologique, philosophique ou programmatique, par exemple), on en tire des significations qui font que chaque élément porte des connotations qui dépassent son sens littéral, et qui par la suite font naître d'autres types de relation que la simple ressemblance entre les éléments. Un élément peut maintenant par la même qualité se relier à plusieurs autres éléments, ces derniers dans le cadre de cette relation ne sont que des représentations du premier ; un réseau voire un système peut ainsi être repéré et, comme transféré de la chose à l'esprit, on apprend aussi la méthode systémique. Plus important désormais que le recensement des éléments et leur mise en ordre est le tableau, celui qui déploie la totalité des éléments, explique leurs rapports potentiels et permet de concevoir plus facilement des scénarios hypothétiques. La science du droit s'est ainsi acquis davantage de techniques de pensée. Mais elle doit devenir plus forte encore, surtout aux moments de crises socio-politiques, par exemple lorsque le pouvoir politique se centralise et entend s'armer du droit dans la logique de gouvernement, ou lorsque la lutte des divers clivages (interétatiques, d'ordres, de castes, de facultés, de classes, etc.) s'intensifie. Il faut maintenant faire preuve de la

force créative, soumettre le système du droit tout entier à des idées fondamentales, lui donner une raison d'être et une fin ultime qui deviendront les critères d'après lesquels tous les éléments du système seront jugés. Il faut donc des principes, des théories, des concepts en commun, des formes universelles et des notions en majuscule. Il s'agit en fin de compte de concevoir et consolider une autorité conceptuelle pour amortir les chocs et pour continuer à se faire sens dans un monde divisé ou changeant, que ce soit dans l'objectif de maintenir l'ordre établi ou de le renverser. Dans le schéma où la science du droit s'impose de plus en plus dans l'établissement du système, un seuil particulier est atteint lorsque l'autorité recherchée est nommée Raison : car par rapport à la volonté de Dieu ou la loi de la Nature dont la science n'est que la découvreuse, fût-elle la seule, la Raison en fait son porte-parole, voire sa parole tout court. On sent l'ambition de la science du droit de se mettre à la place qu'elle a faite au fondement du droit. Y est-elle déjà ? N'y est-elle pas encore ? Ou n'y est-elle déjà plus ?

Ce petit récit sur l'expérience de la science du droit n'est évidemment pas d'ordre chronologique — historiquement, différents paradigmes peuvent tout à fait coexister, y compris chez un même penseur, tandis que les changements de l'un à l'autre ne se produisent pas forcément une seule fois mais peuvent être récurrents ; tout dépend de la manière dont un paradigme est traduit en un modèle scientifique spécifique. Cependant, ce récit cherche à tracer une évolution archéologique, c'est-à-dire l'ordre selon lequel les conditions de possibilité des paradigmes peuvent logiquement s'ensuivre les unes à partir des autres. Une partie de notre époque qui se revendique post-moderne a voulu se débarrasser de la Raison, et elle a sans doute réussi ; toutefois, la science du droit n'est jamais vraiment descendue de la hauteur par laquelle elle est estimée grâce à la notion toute puissante de la Raison. Mais cela veut-il dire que la science du droit, se rendant maîtresse de son objet-droit, s'est débarrassée une fois pour toutes du corpus du droit, sa première condition de possibilité ? Nullement, et pour cela il suffit de regarder comment la formation contemporaine des juristes tâche d'équiper ces derniers de toutes les techniques de pensée que l'on avait déjà vues apparaître dans toute l'histoire de la science du droit. Quel que soit le poids de la majuscule des notions fondamentales ou le niveau d'abstraction que l'on puisse atteindre en créant un système complètement rationnel, le droit, malgré le fait qu'il se voit rarement attribué

différentes appellations même lorsqu'il est pensé de différentes façons, continue à fasciner par ses multiples facettes : en tant que phénomène, action ou concept ; dans son expérience, son potentiel ou sa possibilité ; en théorie, en pratique, ou en ce que le texte de loi exprime ; saisi dans le processus de raisonnement judiciaire, de théorisation, de justification, d'observation, ou de conceptualisation, etc. De l'extrême conceptualisation à l'extrême hétérogénéité, si le droit est un aussi redoutable objet, c'est parce que les paradigmes à travers lesquels il peut être pensé sont multiples et que leurs effets peuvent être contemporains.

Toujours est-il que, en termes archéologiques, depuis l'ère de la Raison et selon la portée de l'épistémè qui la caractérise, une science du droit en tant que science pure, au sens où elle est capable de fonctionner sans qu'il y ait préalablement un donné, est désormais tout à fait **imaginable** ; même si, on peut l'argumenter, elle n'a jamais été vraiment réalisée et ne pourra jamais l'être. Nous ne parlons pas de simples théories **sur** le droit, où le droit n'est pensé qu'en tant que concept ; nous parlons de systèmes entiers du droit conçus de toutes pièces par la seule force de théorisation de la science du droit ; nous parlons d'un déclic épistémologique qui rend pensable cette idée que, quitte à étudier scientifiquement ces traces humaines unifiées sous l'appellation de droit, autant en créer d'après des critères proprement scientifiques. Cette possibilité de pensée, une fois rendue imaginable, ne saurait être effacée par la tradition qui consiste à concevoir la science du droit comme un art. Bien au contraire, son importance archéologique ne peut être proprement estimée qu'avec cette tradition en arrière-plan. Et c'est justement dans cette perspective que nous allons mettre en lumière — de nouveau — ce scénario épistémologique, disons, « alternatif », que nous avons déjà vu chez Bentham et dans lequel nous allons placer la théorie de Kant. Ce moment archéologique, nous le nommons « la primauté de la science sur le droit ».²⁵⁰

²⁵⁰ Pour un appui historique de la trajectoire archéologique que nous proposons ici, à savoir du droit en tant que donné au droit en tant que concept, voir le point de vue de T. HERZOG, *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millennia*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2018, dont on lit dans l'introduction : « Today we might take it for granted that law is something that is created and can be changed, but [...] this vision is a relatively recent invention. For many centuries, law was said to exist because it simply did, because it was spontaneously created by the community, or because God had handed it down. Even if these perceptions were untrue, in the sense that law was always made by someone somewhere, the fact that people believed them was of great significance to how they viewed, interpreted, or obeyed the law, to whom they listened, and why. ». (p. 3)

Section 2 La primauté de la science sur le droit

I Récapitulatif d'une nouveauté épistémologique

Rappelons succinctement ce que nous avons vu chez Bentham à propos de cette primauté, dont la signification peut être déployée sous trois aspects. Tout d'abord, il s'agit d'une volonté de transformer la science du droit en une « vraie science » — quel que soit le sens que l'on accorde à ce mot, il faudrait le comprendre en le mettant en contraste avec la simple idée selon laquelle le droit devrait être (considéré comme) scientifique. En effet, la primauté dont nous parlons ne signifie pas seulement que seule la méthode scientifique soit capable de dévoiler le vrai sens du droit : nous n'aurions pas ici une nouveauté archéologique s'il s'agissait d'une simple valorisation de traitement savant du droit que revendique la science juridique de presque toute école et de toute époque. Ce qu'elle signifie avant tout, c'est que la science du droit n'est plus une science qui se forme avec son objet-droit ; elle est plutôt envisagée comme une construction rigoureuse qui regroupe un principe, une méthode et des notions clé conçus d'après des critères universels préalablement établis, et qui ainsi régleme et prépare toute tentative d'intervention scientifique **avant même que** celle-ci s'engage dans son objet. Cette construction constitue la base de la science qui, de ce fait, obtient une portée universelle. On peut donc tout à fait imaginer que cette même construction aurait pu être appliquée aussi parfaitement à d'autres objets et que, si aujourd'hui on y identifie une science du droit, c'est seulement parce que c'est le droit et pas autre chose qui se trouve dans sa visée. En ce sens, la science du droit comme d'autres sciences doit pouvoir être subsumée sous une catégorie de science plus générale tout en se distinguant d'autres subdivisions de son niveau. Cette configuration se voit très clairement chez Bentham qui part du même principe d'utilité pour aborder divers domaines que ce soit le droit, la morale, le gouvernement, la surveillance ou l'élaboration d'une constitution. Et ainsi nous arrivons au deuxième aspect de cette primauté : il s'agit d'une nouvelle hiérarchie qui dirige la pensée juridique — la science du droit n'appartient plus au droit, au contraire, c'est le droit qui doit être

soumis à l'examen total de la science, qu'il s'agisse d'un donné juridique ou d'une pure production de celle-ci. Dans la même optique, l'enjeu de l'autonomie du droit va petit à petit céder la place à l'enjeu de l'autonomie de la science du droit. Le troisième aspect, intimement lié aux deux premiers, peut en être naturellement déduit : le détachement de la science vis-à-vis de son objet. La science du droit n'est plus considérée seulement en tant que logique inhérente au droit, mais en tant qu'intervention extérieure qui, avec son recul objectif, est capable de lui imposer une logique, pour que le fonctionnement du droit se rapproche de ce que l'on pense que son nom devrait représenter. Mais il ne faut surtout pas confondre ce détachement avec une sorte de séparation définitive, car, premièrement, celui-ci relève d'un geste préparatoire et nécessaire afin justement que la science se repositionne dans la nouvelle hiérarchie et, deuxièmement, une telle séparation est tout simplement impensable lorsque, à la suite d'un tel repositionnement, le droit doit maintenant son contenu à l'apport de la science. Nous avons également vu comment ces deux points se manifestent clairement dans le système de Bentham. Ceci étant, on peut tout à fait imaginer quelle serait la répercussion de ce détachement : le risque que cette position temporaire devienne une sorte de fixation, comme dans un positivisme juridique stricte qui en fait sa preuve de scientificité. Nous y reviendrons.

Derrière cette façon d'appréhender le rapport de la science au droit, ce sont deux présuppositions, intimement liées à la façon dont sont perçus le sens du temps et la vocation de l'époque, qui s'y sont installées silencieusement mais fermement. La première traduit le malaise, qui se fait de plus en plus sentir, à concilier deux caractères opposés du droit : il est à la fois représentation d'un ordre objectif et forme de volontés humaines. Dans cette perception, une angoisse se précise : il s'avère que le droit peut tout à fait être un produit arbitraire ou contingent (que ce soit par des actes du pouvoir public ou par des pratiques de la profession), et certains craignent même qu'il ne le devienne uniquement et purement. La deuxième présupposition provient donc de l'effort intellectuel qui a pour but de résister à cette angoisse et qui consiste à penser que le mal n'est pourtant pas écrit : il est tout à fait possible d'encadrer le droit, de l'empêcher de tomber dans la pure contingence, et ce par voie de science seulement. Ces deux présuppositions — convictions même — constituent respectivement la

possibilité et la nécessité de la nouvelle science du droit, dont la validité n'est plus à puiser dans le droit, car maintenant elle lui est extérieure et supérieure. Nous sommes à l'amorce de notre modernité, et l'heure est de réformer le système, de repenser l'État et son rapport avec les individus et la société, en reformulant les solutions en termes de droit. Mais ce dernier, dont le fondement est fortement bouleversé par des tourmentes politiques et par les mouvements des Lumières, et dont le contenu peine à suivre les changements de la société, traverse lui aussi une période de crise. La science est à chaque fois le recours ultime à la résolution de ces nouveaux problèmes et sa mission est double : réorganiser le droit afin de se l'approprier en tant qu'instrument de construction sociale et politique et, le remodeler en tant que concept en lui donnant un nouveau fondement théorique. Et le fondement de la science elle-même ? Des doutes concernant son socle seront aussitôt soulevés dans cet enchaînement, et il sera bientôt temps que la science du droit s'intéresse à sa propre scientificité, voire fasse de la construction de cette dernière son propre fondement.

Comment se traduit cette primauté de la science concrètement ? Par un espace privilégié, dans lequel l'objet-droit se présente à titre théorique en tant qu'idée pure dérivée de son réel hétérogène, pour être mieux examiné, façonné, modulé, manipulé et poli dans la conception jusqu'à la perfection, et pour se voir doté d'un principe, d'une théorie, d'un mécanisme, d'une cohérence, d'une histoire ou d'une vie, choses qui accompagnent son existence brute — à supposer que l'on arrive à s'en faire une idée — laquelle serait autrement soit trop vide, soit trop embrouillée pour être saisie. Un espace entièrement réservé à des opérations spéculatives, tel un territoire de la science, mais surtout avec l'ambition, explicite ou implicite, de devenir un jour un empire : que la complexité de cette chose appelée « droit » — lequel, ainsi en prennent soudainement conscience des penseurs du XVIII^e siècle bien étonnés, l'homme n'a jamais réussi à définir²⁵¹ — puisse être résolue ou maîtrisée par la science ; que dans une mesure bien définie, toutes les expériences du droit puissent être conceptuellement appréhendées, converties en des unités théoriques, rangées d'une certaine manière dans le tableau de la connaissance, puis jugées — et ceci est

²⁵¹ E. KANT, *Doctrine du droit*, A. Philonenko (éd.), A. Philonenko (trad.), Paris, J. Vrin, 1993, p. 150 ; J. BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 21.

probablement le plus important — par des principes déduits des opérations menées dans cet espace. En somme, qu'il y ait un **système** qui englobe et explique tout et qu'il soit le seul valable. La nouvelle science du droit doit donc être un système scientifique autonome, cohérent, intact, et **normatif** — non pas parce qu'il est un système de normes, mais parce qu'il **dicte** ce que celles-ci doivent être, selon ses principes scientifiques. Le point de vue doit changer : il ne suffit plus de démontrer l'existence de la raison et de l'intelligibilité dans le juste en tant que quelque chose de déjà écrit, car le juste — et dans cette optique, l'injuste également — est désormais entièrement une affaire de la science : c'est à cette dernière de le définir.

II La primauté scientifique kantienne

Si la prolifération des traités de droit appliquant la méthode systémique et l'enthousiasme partagé des penseurs de Lumières pour la codification attestent seulement cette **tendance** de primauté scientifique de la science du droit, les projets de Bentham visent explicitement à réaliser un tel schéma avec son ambition de faire régner sa conviction scientifique et sa tentative de bâtir le système utilitariste du droit tout entier presque à partir du point zéro. Mais c'est la philosophie de Kant qui amène cette primauté à un autre niveau encore : elle n'est plus seulement un objectif que cherche une entreprise scientifique ambitieuse, mais est devenue à la fois l'une de ses conditions de possibilités et l'un de ses sujets principaux — la science du droit devrait la traiter en tant que problématique et la remplir en tant que condition nécessaire, si elle voulait vraiment rester ce qu'elle est, c'est-à-dire **la Science** du droit. C'est ainsi que, pour la première fois dans l'histoire, on peut réellement apercevoir la possibilité d'imaginer — et de le concevoir en ces termes — non ce qu'est la meilleure science du droit, mais ce qu'est **la seule et véritable** science du droit, une **identité** de la science du droit. Nous nous expliquons.

Il y a de nombreux raisons évidentes, attestées par divers thèmes qui traversent son œuvre, pour lesquelles nous renvoyons à Kant comme la figure toute prête et parfaitement emblématique sur laquelle nous nous appuyons pour faire monter sur scène ce moment archéologique. À commencer par le fait qu'aucun autre ouvrage ne

s'est fixé aussi clairement le défi d'établir l'absolue scientificité du droit, et, de ce fait, n'était situé aussi proche de l'épicentre de notre événement archéologique, que son projet d'ériger les principes métaphysiques de la doctrine du droit. L'emplacement théorique de sa doctrine du droit par rapport à toute son entreprise du criticisme en dit déjà long : si l'on veut penser le droit pour rendre compte de ce qui constitue la véritable essence de notre expérience du droit, il n'y a pas d'autres façons que de le penser comme une science et d'une manière aussi rigoureuse que pour la physique, c'est-à-dire qu'il faut commencer par comprendre sa métaphysique et s'interroger sur la possibilité même de cette science. Une hiérarchie théorique encadre donc la doctrine du droit — en aval —, avec ses principes métaphysiques au milieu et la critique de la raison pratique en amont. Il n'y a pas d'autre moyen pour dire plus clairement que cela que **la question de droit est avant tout une question de science**. Mais cette manière de concevoir la science du droit et le souci théorique derrière sont loin d'être les seules indications de sa tentative d'établir le primat scientifique dans le domaine du droit. Plus remarquable est le fait que Kant, sans le formuler explicitement comme nous le faisons, lutte pourtant consciemment pour cette primauté, à tel point que sa position politique en dépend. En effet, sa tentative de faire triompher la faculté de philosophie — laquelle saisit le droit à partir des principes *a priori* : c'est l'approche que l'on devrait adopter pour l'élaboration de la doctrine du droit selon Kant — dans son conflit avec la faculté de droit — laquelle travaille avec le droit empirique —, n'est-elle pas l'expression la plus évidente de l'idée selon laquelle la scientificité devrait avoir le dernier mot pour les questions juridiques ?²⁵² Sa prédilection pour une constitution républicaine se justifie également par la rationalité du système du droit qui

²⁵² Mais ce triomphe ne signifie aucunement un remplacement de la faculté de droit par la faculté de philosophie. Même si selon Kant, l'importance et la fonction de cette dernière ne sont pas proprement reconnues (d'où le « conflit »), elle ne dénie pas pour autant le rôle de la première et approuve même certains de ses exigences, notamment l'observation des lois d'un pays, ce qui concerne la position de Kant sur la révolution et la réforme. « La doctrine du droit est traitée soit juridiquement, soit philosophiquement. La première a pour fondement des principes empiriques (le droit dans un pays) et l'autre des principes purs de la raison à partir de concepts. Les juristes empiristes peuvent seuls juger du droit d'après des lois positives ; seuls les philosophes peuvent juger de ce qu'impliquent les principes *a priori* : comment faudrait-il que [soient constitués] en général le droit d'un pays et une constitution qui implique une sensibilité pour le meilleur droit du pays. Du fait de la nature même du litige, le juriste en tant que tel (*purus putus*) a des motifs très forts de même refuser au philosophe la discussion de ses affaires, et c'est le conflit prétendu entre théorie et pratique qui se fonde sur un malentendu. Le premier veut que l'obéissance aux lois de la constitution établie ne soit en rien affaiblie, même pas par le fait qu'on ne les suit pas de bon gré, et il refuse au philosophe ses plans de meilleure constitution. Le second, lorsqu'il reste fidèle à son dessein, ne contredit pas l'autre à propos de l'observation des lois du pays, mais il exige la liberté de l'opinion publique à propos de la meilleure constitution possible dont l'idée guide les législateurs actuels. » Extraits du travail préparatoire à la *Paix perpétuelle* dans E. KANT et C. FERRIÉ, *Le conflit des Facultés et autres textes sur la révolution*, C. Ferrié (trad.), Paris, Payot & Rivages, 2015, p. 253-254.

la compose, le seul système qui soit compatible avec la raison pratique.²⁵³ Et pour atteindre un tel système républicain, si ce n'est pas encore le cas, il n'y a à vrai dire qu'un seul travail nécessaire, quoique loin d'être facile, qui résume tous les efforts requis à ce titre : « **comprendre** [la constitution actuelle] à partir de **principes a priori** afin de l'amener à cette forme [républicaine] peu à peu et graduellement... »²⁵⁴. Chez Kant, l'édifice éthico-politique tout entier ne marche qu'avec, en son centre, la réflexion sur le savoir du droit, sa possibilité, sa validité, son fonctionnement et sa rigueur. Le droit, le vrai, n'est rien d'autre que sa pure rationalité. C'est sur le fond de cet enjeu de primauté scientifique que surgit la véritable importance d'aborder la question de la distinction entre théorie et pratique²⁵⁵, un autre thème qui parsème les écrits juridico-politiques de Kant quand il n'est pas traité directement par ce dernier. On peut même dire que ce thème est la représentation par excellence de la lutte pour la primauté de la science, car pour Kant, en matière de droit et de morale, il n'y a pas — il ne doit pas y avoir — de différence proprement dite entre la théorie et la pratique, la seule pratique acceptable étant de suivre ce que dicte la théorie : « Car ici on a affaire au canon de la raison, où la valeur de la pratique repose entièrement sur sa conformité à la théorie qui lui sert de base, et tout est perdu si on transforme les conditions empiriques et, de ce fait, contingentes de l'accomplissement de la loi en conditions de la loi elle-même... »²⁵⁶. La question de théorie et pratique est cruciale pour Kant dans la mesure où le devoir (sur lequel est basé le droit), selon lui, présuppose une intelligence capable de surmonter leur distinction. Le fort du droit se trouve sans aucun doute dans sa force théorique, laquelle est même capable de faire de la paix perpétuelle un sujet parfaitement approprié à la faculté de conception, car la question de sa probabilité en pratique est subsumée sous la question de sa faisabilité en

²⁵³ « La République [...] est une constitution morale. L'initier est impiété. Mais lorsque le destin l'introduit, c'est une plus grande impiété encore de ne pas le suivre. Car elle naît de la source originaires du droit : la volonté de tous. » Extrait du travail préparatoire à la *Doctrina du droit* dans *Ibid.*, p. 255.

²⁵⁴ Extraits du travail préparatoire à la *Paix perpétuelle* dans *Ibid.*, p. 253. C'est nous qui mettons en gras.

²⁵⁵ Ici, le duel théorie-pratique ne se réfère pas à l'opposition entre connaissance théorique et connaissance pratique, lesquelles sont issues des facultés différentes de la raison, respectivement l'entendement et le libre arbitre. L'opposition ici en question provient de l'usage courant des termes et se rapproche plutôt de la distinction kantienne entre le conceptuel et l'empirie. Kant reconnaît leur ambiguïté et les emploie dans les deux sens : « Même un ensemble de règles pratiques est nommé : *théorie*, dès lors que ces règles sont pensées comme des principes ayant une certaine généralité et qu'on y fait abstraction d'un grand nombre de conditions qui ont pourtant nécessairement de l'influence sur leur application. Inversement on appelle : *pratique* non pas toute opération, mais uniquement la mise en œuvre d'une fin, conçue comme observation de certains principes de conduite représentés dans leur généralité. » E. KANT, « Sur l'expression courante : Il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique cela ne vaut rien », L. Guillermit (trad.), dans *Théorie et pratique. Sur un prétendu droit de mentir par humanité.*, Paris, J. Vrin, 2013, p. 11.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 14.

théorie, à condition que, bien évidemment, on parle bien de **la** véritable paix perpétuelle, et non pas juste d'un état des choses contingentes qui peut être qualifié comme tel. En somme, le répertoire juridico-politique de Kant fait facilement constater combien, selon lui, le triomphe de la science devrait être total, car ceci est, dans l'absolu, la condition de possibilité la plus importante, sinon la seule, de la réalité qu'elle a pour objectif.

Si l'on considère encore le fait que la théorie est par définition ce qui nous permet de traiter scientifiquement ce qui est possible dans un domaine — des possibilités seulement et non le réel, certes, mais des possibilités bien fondées qui ainsi servent d'outils pour penser le réel —, alors on découvre comment, en exigeant avec une telle intensité la valeur de la scientificité, la théorie juridique de Kant parvient à engendrer une situation épistémologique extraordinaire. En effet, en plus du modèle idéaliste qui fait que la sphère du nécessaire (l'existence) présuppose la sphère du possible (la connaissance) — l'objet étant l'objectivation qu'exerce le sujet scientifique —, c'est la recherche du primat absolu de la science qui fait que, cette fois-ci, le possible prescrit curieusement le nécessaire — sauf que cette nécessité ne désigne plus ce qui est donné, mais ce qui est obligé : la Science du droit, la seule qui est à même de donner la vérité du droit, doit être le Droit lui-même. Ainsi, Kant entame sa Doctrine du droit en commençant par définir la notion d'une telle doctrine à partir de la **possibilité** d'une législation extérieure²⁵⁷ (par rapport à la doctrine de la vertu pour laquelle celle-ci n'est pas possible) — en ce qui concerne la validité d'une science, le possible suffit —, et la termine, en revanche, en revêtant la métaphysique qui la fonde d'un titre impératif, car « cette Idée [métaphysique] [...] seule [...] peut [...] conduire à la paix perpétuelle »²⁵⁸ — en ce qui concerne la primauté de la science, il faut non seulement qu'elle soit la seule possible, mais aussi celle qui oblige, qui prime dans la pratique. On voit comment, par rapport au rôle que Bentham accorde à la science, la primauté scientifique kantienne surpasse le rapport entre la science et le droit et prétend agir directement sur le réel en donnant à chaque loi et à chaque acte éthico-politique une raison ultime devenue impératif. En ce sens, la Raison de Kant

²⁵⁷ E. KANT, *Doctrine du droit*, *op. cit.*, p. 149.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 329.

paraît bien plus puissante que l'Utilité de Bentham. Et nous verrons plus loin que deux facteurs contribuent à ce renforcement : le modèle idéaliste de la science et le fait que c'est au droit que ce modèle est appliqué. Modèle qui commence, d'ailleurs très paradoxalement, par remettre en question la possibilité d'une telle science.

La primauté de la science, cet espace dans lequel on doit pouvoir en théorie obtenir une explication pour toute question juridique, le bon jugement pour tout phénomène du droit, et la solution pour la constitution et le système juridique tout entier, marque ainsi un important point commun qui rapproche le philosophe de Königsberg et le grand horloger du bonheur utilitariste à Londres. Quoique composée et exprimée respectivement de façons différentes chez l'un et chez l'autre, cette primauté qu'est au fond la nouvelle stratégie consistant à penser le droit à partir de la bonne manière de le penser — la science — explique pourtant d'autres ressemblances encore entre les modèles scientifiques de ces deux penseurs contemporains, qui sont les suivantes : 1) La Science du droit devrait se structurer en un système qui, au vu de sa logique interne, est cohérent, rigoureux, complet et limité au sens où on peut théoriquement retracer ses confins et l'accomplir. Cela présuppose 2) un seul principe suprême qui siège à la tête du système, d'où découlent pratiquement toutes les propositions concernant le droit — on a donc le principe d'Utilité chez l'un et la liberté de la Raison chez l'autre. Également significatif est 3) l'emplacement d'un tel système scientifique — nous voulons dire le milieu dans lequel est censée évoluer la science, le terroir d'où est tirée sa raison d'être — : aussi empiriste que soit l'un et aprioriste que soit l'autre, la Science du droit de chacun des deux se construit dans l'optique de l'entre-deux sphères, entre la théorie et la pratique. Nous faisons ici bien évidemment abstraction de beaucoup de choses pour comparer ces deux systèmes qui sont, en termes d'idées métaphysiques, du moins incompatibles sinon aux antipodes l'un de l'autre, mais disons que sur le fond de l'idée de réforme que partagent tous les deux, ce qu'exerce l'utilité de la science que nous avons vue chez Bentham est équivalent à ce que la fin de la doctrine (la paix perpétuelle) représente pour la théorie kantienne, et que, pour l'un comme pour l'autre, la reconnaissance voire l'intégration par et dans la science de sa propre valeur déterminent fondamentalement la nature de la conception de science. La science poursuit toujours un but autre qu'elle-même, elle n'est jamais la science

pour la science. La primauté de la science, le triomphe de la théorie ou la faculté de philosophie, ne sauraient être expliquée uniquement par la tentative d'autonomiser la science, car il ne s'agit pas de la couper de son extérieur, mais plutôt de la faire planer au-dessus de son autre : la pratique. En dehors de cette condition, il n'y a pas de primauté proprement dite. Ceci entraîne deux conséquences. La première concerne l'usage et le fonctionnement de la Science : 4) la Science du droit devrait comprendre des techniques qui nous permettent à la fois de raisonner ce qui doit être et de nous expliquer ce qui est. Comme nous l'avons vu chez Bentham, la véritable force théorique devrait être hybride dans ce sens.

Cela nous amène à la deuxième conséquence qui mérite que nous prenions la peine de la discuter séparément, d'abord parce qu'elle a davantage de rapport avec notre problème du positivisme juridique, ensuite parce qu'elle apportera une précision qui facilitera techniquement nos discussions suivantes. Il s'agit encore de la séparation de l'être du devoir être, laquelle est déjà ambiguë en soi, nous le savons maintenant²⁵⁹, mais qui, comme si ce n'était pas suffisant, se complique encore par son pseudo-synonyme qu'est la séparation du droit de la morale. Laissons d'abord de côté la question de savoir si le positivisme juridique devrait être défini comme une science dont l'objet est l'être du droit (que ce soit un être empirique ou conceptuel) ou une existence particulière que l'on traite comme s'il s'agissait d'un être objectif et qui de ce fait est nommé le devoir-être — question insoluble sinon peu utile, mais qui remet tout de suite en question l'intérêt de cette opposition entre être et devoir-être. On sait que Bentham a été anachroniquement qualifié de premier penseur du positivisme juridique analytique (en excluant Hobbes) principalement en raison de sa distinction entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être, et de sa manière formaliste de définir l'unité juridique, la loi. Or, comme nous avons essayé de le montrer dans la première partie, sa distinction s'inscrit dans sa conception de réforme et ne désigne nullement le critère essentiel de scientificité pour la science du droit. Elle ne décrit pas le moment scientifique que Bentham reconnaîtrait pour sa notion de science. De l'autre côté, sa définition de la loi est moins la description d'une réalité qu'un dispositif élémentaire qu'il propose pour le projet de codification. En réalité, il devrait être plus

²⁵⁹ Cf. *infra*. des passages dans la Première Partie, Titre 3, Chapitre 1, Section 1.

pertinent de considérer que, malgré son langage analytique, sa position empiriste et sa construction qui se veut entièrement logique, toute l'entreprise de *jurisprudence* benthamienne se bâtit sur le côté du devoir-être — non pas celui qui signifie l'être particulier du droit, mais celui qu'aucun positivisme juridique ne revendiquerait avoir pour objet — car c'est là où se trouve la raison d'être de sa science et c'est ce pour quoi la primauté scientifique est nécessaire. Mais, si on considère les choses dans l'autre sens, n'est-ce pas la même chose de dire, enfin, que ce que la *jurisprudence* de Bentham prétend faire est justement de décrire **l'être du véritable Droit**, le seul, le plus vrai et le plus juste ? Lequel, par son essence théorique et par les exigences de la Science, est impensable sans l'idée de devoir-être ? 5) Devant le projet de réaliser des idéaux par voie de Science, la distinction entre l'être et le devoir-être n'a qu'une importance transitoire voire aucune importance du tout, et s'il fallait absolument catégoriser ce genre d'entreprise dans l'une des deux catégories, celui-ci ne pourrait appartenir qu'au devoir-être, au sens benthamien du terme. Voici donc une autre caractéristique qui découle naturellement de la primauté scientifique du droit ainsi conçue, et encore un autre point commun important entre Bentham et Kant, lequel — malgré le formalisme de son concept du droit qui lui procure, lui aussi, une sorte d'étiquette positiviste — n'a jamais raisonné dans les termes d'une telle distinction, car sa notion de droit scientifique, plus poussée que celle de Bentham en ce sens, n'a plus rien à voir avec une quelconque existence du droit.

De ce fait, il va sans dire que la distinction que font les deux penseurs entre le droit et la morale ne doit pas être entendue au sens de la distinction déjà ambiguë de l'être du devoir-être. Car pour l'un comme pour l'autre le droit est d'abord pensé à partir d'un fondement naturel en commun avec la morale²⁶⁰ — le calcul utilitariste chez Bentham et le devoir que se fixe la liberté chez Kant —, fondement qui rend intelligible les deux notions en reliant leur objectivité à la fin ultime. C'est dire que le droit et la morale ont en commun une partie essentielle de leur rationalité, et leur

²⁶⁰ Par rapport à ce fondement « naturel » qu'est au fond le principe suprême du système, la positivité politique ou étatique du droit n'apparaît que plus tardivement dans le raisonnement en tant que condition nécessaire (conceptuelle ou réelle) pour garantir la possibilité de conception ou de réalisation de ce fondement. Ce n'est qu'à partir de cette positivité que le droit se distingue de la morale. Malgré le fait que les notions qui sont très souvent en aucune mesure comparables, cette même configuration caractérise les modèles de Bentham et de Kant, qui sont tous les deux, de ce fait, qualifiés de positivistes par certains et de naturalistes par d'autres.²⁶¹ Cf. « III : De la division de la métaphysique des mœurs » dans *Premiers principes métaphysiques de la Doctrine du droit*, E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 133-136.

séparation ne s'opère justement pas au niveau de leur qualité scientifique, contrairement au positivisme juridique qui a tendance de faire ce rapprochement, en faisant de la séparation la première étape de la construction d'une véritable science du droit. Chez Bentham comme chez Kant, en termes de scientificité, au moment scientifique où le système théorique obtient son appui d'objectivité, le droit a plus de points communs que de divergences avec la morale, et tous les deux s'exercent dans le royaume du devoir-être tel que les réformistes l'entendent. À l'opposé de ces deux penseurs réside le modèle de Austin pour qui le droit comme la morale sont entendus tous les deux en termes de leur mode d'être positiviste.

Nous verrons plus tard que, pour Kant, le moment scientifique partagé du droit et de la morale, ou plus exactement, l'éthique — morale étant un terme générique couvrant tout le domaine pratique dans la terminologie de Kant — est le moment où la raison légifère. La division entre le droit et l'éthique survient plus tard dans l'ordre logique et est subordonnée à la notion de législation. Il s'agit de deux différentes techniques de légiférer par la raison : législation extérieure pour le droit et législation intérieure pour l'éthique ; la seconde fait que la loi nous oblige uniquement parce que c'est une loi, la première ne génère pas un tel devoir interne et fournit quant à elle d'autres motifs d'action que la simple idée de devoir.²⁶¹ Nous n'en dirons pas plus ici sur ce sujet et tenons juste à faire remarquer que, pour la raison présentée dans le paragraphe précédent et pour autant que notre centre d'intérêt demeure la création de la scientificité dans le modèle de Kant, le lecteur découvrira dans les discussions suivantes que nous ne mentionnons pas particulièrement la distinction que fait Kant entre le droit et la morale, et que naturellement tous les raisonnements impliqués ne concernent pas seulement le droit. L'alternance et le mélange des termes des catégories juridique et éthique, surtout en passant du texte aux citations, peuvent donc être observés, mais cela n'affecte pas notre fil de discussion qui est la science du droit.

²⁶¹ Cf. « III : De la division de la métaphysique des mœurs » dans *Premiers principes métaphysiques de la Doctrine du droit*, E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 133-136.

Chapitre 2 L'époque moderne de la connaissance : la distance entre Bentham et Kant

En même temps que, en contournant le fond de leurs pensées et en passant par une comparaison de la manière dont chacun conçoit la science du droit, nous arrivons à rapprocher intimement Bentham et Kant, c'est au même point que s'arrêtent les similarités et s'ouvre un abîme infranchissable entre eux. Mais il ne s'agit pas que d'une différence entre deux penseurs, car cette différence sera emblématique et marquera la particularité épistémologique de la scène de la science juridique allemande du XIX^e siècle. Pour bien exposer ce décalage entre deux paradigmes qui n'a ni nom ni documentation, nous aurons besoin de nous appuyer sur les observations qu'a faites Foucault à propos du moment où s'ébauche la dernière épistémè de son analyse, dont la Critique de Kant serait le marqueur par excellence. En effet, Foucault définit l'époque classique essentiellement par une règle d'organisation qui animait le jeu intellectuel des sciences mais qui, ultérieurement, a perdu son droit de fonder la scientificité d'une science dès lors que la question du bien-fondé de la connaissance, question qui troublait Kant, ne pouvait plus être ignorée — et ainsi s'amorce l'époque moderne. Cette règle d'organisation, qui ne s'est pas complètement effacée mais qui ne définissait plus la science, est la représentation. Foucault y reconnaît qu'une page est tournée et que de nouveaux besoins s'imposaient sur la science dont la Critique kantienne a été une expression claire. Ce moment est exploré dans *Les mots et les choses* à travers une comparaison entre l'Idéologie et la philosophie critique, qui étaient contemporaines et prétendaient toutes deux établir le fondement de toutes les connaissances, en se voulant, pour ainsi dire, la science des idées. Pourtant, une différence dans la structure épistémologique faisait que les deux, visiblement si proches, n'appartenaient plus à la même épistémè. Nous allons voir que les différences entre Bentham et Kant à propos de leurs manières de concevoir la science du droit se rapprochent de la nature de ce qui sépare Destutt de Tracy et Kant, telle qu'elle est décrite par Foucault. Notre objectif ne s'arrêtera pourtant pas à cet écart ; à partir de là, nous chercherons plus avant à comprendre les défis posés à la nouvelle épistémè et comment ceux-ci se traduisent dans la science du droit. Mais avant ce détour en passant

par Foucault, il nous faut d'abord donner une esquisse du modèle scientifique de la science du droit kantienne, et surtout le mettre en relief par rapport à celui de Bentham.

Section 1 Modèle de la Doctrine du droit : un aperçu

I La problématique

Lorsque le paradigme du droit naturel commence à leur paraître un fondement précaire, Bentham et Kant ne perçoivent pas le problème de la même manière. L'approche de Bentham est relativement directe : si le système juridique n'arrive plus à se présenter comme une structure de connaissance claire et solide, c'est parce que le fondement est mauvais, et il suffit de le remplacer par le bon avant de refaire le système tout entier. Comme nous l'avons vu dans la première partie, de l'ancienne « nature » à la nouvelle, Bentham remplace essentiellement une évidence par une autre. Il est créateur, concepteur, dans le sens où c'est lui, le sujet scientifique qui, tout seul, possède toute la connaissance de son objet qu'il va faire créer, de la même manière que l'on attribue tout le crédit de la création d'une œuvre d'art au seul *designer* au détriment des artisans de son atelier qui travaillent avec des matières données. Nous faisons là bien évidemment abstraction de diverses qualités et sensibilités dont fait preuve Bentham au cours de ses constructions théoriques. Il n'empêche que c'est souvent dans cette position de créateur qu'il envisage lui-même ses projets : génie dans la conception des dispositifs et dans l'organisation, il entame ainsi de nombreux projets avec des idées déjà bien précises et déterminantes dès le départ, même si la plupart d'entre eux n'ont jamais eu la chance de voir le jour. Mais si les circonstances réelles ne sont pas sous son emprise, la science est quant à elle une notion aussi simple qu'une ligne droite : pour chaque question, il doit exister la bonne réponse et la bonne solution, et il suffit de les trouver, exposer, puis appliquer. Avec la primauté scientifique, le modèle scientifique de Bentham le distingue aussi bien que son principe d'utilité d'un jusnaturaliste ; mais une fois le travail scientifique terminé, une fois son objet-droit achevé, celui-ci remportera sa conviction totale tout comme le droit naturel à un jusnaturaliste — c'est du moins ce qu'il s'imagine dans le rapport scientifique qui le

relie, lui le penseur, à son objet de pensée, son but étant tout simplement de supprimer l'ancien dispositif qui fonctionne mal et d'en créer un autre qui serait parfait comme il faut. Dans ce processus, aucun besoin de s'embarrasser de la question de savoir si la connaissance est objective ou subjective, car dans tous les cas, la répartition du travail est claire : le sujet connaît / conçoit (actif), l'objet est / sera (passif).

Mais Kant n'a pas d'autres évidences à proposer pour **remplacer** l'ancien concept de droit. Le rapport scientifique est beaucoup plus compliqué chez Kant. Et ceci est dû au fait qu'il perçoit tout autrement la précarité du système actuel — celle-ci, pour lui, est certes un problème, mais non pas un problème à éliminer, mais à étudier en tant que tel afin d'en tirer un sens. Comment le devoir — la notion élémentaire du droit — est-il (a-t-il pu être) possible ? Si le droit a existé — tel qu'on le constate —, s'il existe toujours et si l'on veut qu'il continue à exister, **il faut** qu'il soit possible. Pour Kant, l'identité de son objet d'étude n'a jamais changé, le problème se situe toujours dans la même notion de droit — il n'en peut être autrement car le droit est par définition un objet universel. En réponse à la crise du fondement du droit, on pourrait certes créer un tout nouveau concept du droit qui pourrait être parfaitement rationnel et universel comme il faudrait, mais ce faisant, on ne ferait que déplacer le problème — car cela reviendrait à admettre que la chose jadis appelée droit n'était qu'un phénomène dû à un concours de circonstances, que cette chose n'avait en elle rien d'universel et que l'homme n'avait jusque-là jamais découvert le normatif, le vrai. Bentham, dans son esprit de progrès et de réforme, aurait pu accepter cette idée ; il aurait pu penser que depuis toujours jusqu'à la découverte du principe d'utilité, la fonction juridique fut assurée par des idées qui s'exerçaient sous le nom de droit, mais qui en réalité n'en étaient pas. Plus probablement, ce qu'était exactement cette situation d'avant ne l'aurait pas plus intéressé, car sa science du droit se focalise sur le futur et non pas sur le passé. Mais Kant ne compte pas confier le progrès du présent au futur, ni au passé, mais à un universalisme qui n'est pas à chercher dans un quelconque fait humain, mais qui est enraciné dans la faculté intellectuelle propre à l'humain : ce qui lui est crucial, plus qu'un résultat mesurable de progrès recherché par les réformistes, c'est une philosophie qui permette la compréhension de la crise que traverse le droit, de sa cure et de son plein potentiel. Cette philosophie expliquera la possibilité du

fondement du droit. Se révèle donc devant Kant une aporie qu'il ne compte pas contourner et qui désigne l'enjeu de son entreprise : d'un côté, la validité universelle du droit qui ne doit dépendre nullement du temps ni de l'espace et, de l'autre, le fondement du droit qui semble pourtant en péril à ce moment-là. Kant résoudra le paradoxe en soutenant un autre paradoxe — cette fois-ci, épistémologique — qui peut être formulé ainsi : « Il y aurait une partie essentielle de la connaissance du droit qui, tout en étant issue de la raison, a toujours échappé au porteur de la raison même. Le droit est donc universel car c'est un produit de la raison, mais ce fait-là et son mécanisme ne sont souvent pas proprement connus, d'où la précarité de son fondement. » Voilà l'hypothèse qui donnera du même coup un sens à son problème et une raison d'être à son entreprise. Nous verrons plus tard que la reconnaissance de cette condition qui trouble l'humanité constitue le point de départ de sa conception de toute science par laquelle l'homme s'interroge sur lui-même. Nous reviendrons plus tard sur cette dernière.

Tandis que Bentham navigue dans l'évidence, Kant avance donc paradoxalement grâce à la difficulté, à la condition d'incertitude, à la possibilité du devoir qui menace en même temps de ne pas être possible. La science est ainsi une notion bien moins évidente, car tandis qu'elle devrait assurer le fondement de son objet, c'est son propre fondement qui est en crise. En effet, comment s'assurer que ce fameux espace scientifique puisse tenir et que ce soient des vérités sur le droit, et non pas des illusions, qui émergent de ses opérations ? Ce doute est son point de départ ainsi que la source d'énergie de sa théorisation. Kant entame son entreprise en prenant au sérieux ce problème, et en en faisant l'une des conditions de possibilité même de son concept de droit. Cette position est clairement présentée dans les premières lignes de la conclusion de la partie du droit public de sa Doctrine du droit, dont le sens général peut être considéré comme valable pour la Doctrine toute entière :

Si quelqu'un ne peut prouver qu'une chose existe, il peut essayer de prouver qu'elle n'existe pas. S'il ne réussit ni d'une manière ni de l'autre (c'est un cas qui se présente souvent), il peut encore poser la question de savoir s'il a un *intérêt à admettre*, soit l'une, soit l'autre (par une hypothèse) et cela à la vérité au point de vue théorique ou au point de vue pratique, c'est-à-dire ou bien pour s'expliquer un certain phénomène (par exemple pour l'astronome le retour et la fixité des

planètes), ou bien pour atteindre une certaine fin, qui à son tour est ou bien *pragmatique* (simplement technique), ou bien *morale*, c'est-à-dire une fin telle que ce soit un devoir que de se la proposer comme maxime. — Il va de soi que la *supposition* (*suppositio*) de la possibilité de réaliser cette fin, qui n'est qu'un simple jugement théorique et en outre problématique, ne peut être érigée en devoir, car en ceci il n'y a aucune obligation (de croire quelque chose) ; mais agir d'après l'Idée de cette fin, quand bien même il n'existe pas la plus petite vraisemblance qu'elle puisse être atteinte, encore que l'impossibilité de sa réalisation ne puisse pas davantage être démontrée, voilà ce à quoi un devoir nous oblige.²⁶²

Quoique des propositions théoriques puissent défendre les devoirs, aucune théorie ne peut en **ériger** un. Mais si le devoir nous oblige, c'est justement parce que l'objectif recherché en nous l'imposant n'est garanti par aucune théorie, et que malgré cela nous continuons à le respecter — c'est ainsi que, paradoxalement, il peut être proprement saisi en théorie, en tant que pure obligation dans laquelle n'est intégré aucun mécanisme empirique explicable. Chez Kant, la crise de la science et la crise de l'objet scientifique ne font qu'un. D'une certaine manière on peut même dire que le génie de sa solution est de faire épouser au concept de devoir la précarité scientifique qui le menace : le devoir, s'il est tel qu'il est, c'est parce que ses *a priori* sont tels qu'ils ne peuvent être démontrés par aucune expérience. Et il en est tout autant dans l'autre sens : la science pure et propre aux lois morales doit être nécessaire car elle est la seule à pouvoir comprendre le devoir comme une notion complètement indépendante des idées empiriques. « Ne pense-t-on pas qu'il soit de la plus extrême nécessité d'élaborer une bonne fois une Philosophie morale pure qui serait complètement expurgée de tout ce qui ne peut être qu'empirique et qui appartient à l'Anthropologie ? Car qu'il doive y avoir une telle philosophie, cela résulte en toute évidence de l'idée commune du devoir et des lois morales. »²⁶³

II *La révolution copernicienne et la connaissance morale*

La solution en question est assurée par l'entrée en jeu de la dimension subjective, dont le mécanisme tel qu'il est défini par Kant est connu de tous : la raison aurait la faculté

²⁶² *Ibid.*, p. 327.

²⁶³ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, A. Philonenko (éd.), V. Delbos (trad.), Paris, J. Vrin, 2004, p. 70.

de formuler ses propres maximes d'action en les soumettant à la condition qu'ils puissent être érigés, comme le veut aussi la raison, en des lois universelles. (**【A】** Je peux envisager de me comporter de telle manière que ce qui me motive personnellement à agir ainsi s'accorde parfaitement avec les principes qui, je pense, devraient s'appliquer universellement.) L'origine de cette faculté est le concept de liberté, c'est-à-dire la volonté pure qui est indépendante de toute détermination empirique et sensible. (Je peux, en dépit de tous les maux et les inconvénients que cela pourrait me procurer, décider tout de même que je dois me comporter d'une certaine manière.) Cette origine ne fait donc pas l'objet d'une connaissance théorique, mais d'une connaissance pratique : la liberté ne peut pas être démontrée empiriquement, en l'exposant par telle ou telle représentation ; mais elle peut être attestée par son usage dans un contexte pratique, c'est-à-dire par le fait qu'elle est nécessairement présupposée toutes les fois que l'on projette une action qui serait parfaitement dictée par la raison. Son existence est donc tout autant convaincante.

Insistant sur le fait que le propre des devoirs appartient au domaine des concepts purs, domaine du *noumène*, à l'opposé du *phénomène*, l'approche de Kant semble tautologique : le devoir est tel qu'il est car il a la liberté pour son fondement ; la liberté est vraie car toutes les lois morales, en l'ayant pour fondement, l'attestent. Il n'empêche que cette dialectique seule, telle une mince lumière insatisfaisante pour la raison théorique, œuvre comme une clé d'un autre monde de rationalité, équipé d'un mode de réflexion tout à fait différent, lequel est propre à la raison pratique mais jusque-là étranger à la raison théorique. Un principe est né de cette mince ouverture et lui seul suffit à soutenir toute la richesse de la philosophie des mœurs : « **【B】** Agis d'après une maxime, qui puisse valoir en même temps comme une loi universelle ! »²⁶⁴ La réalité du devoir est prouvée par ce glissement de l'indicatif (A) à l'impératif (B), par la traduction directe de sa forme (le mécanisme déployé par A) en son contenu (B). Toute la ramification de ce dernier vient de là. Nous voici devant le fondement de la connaissance de la morale et du droit. Et il faut être attentif au sens particulier de cette « connaissance » entendue par Kant ici. Il explique :

²⁶⁴ E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 142.

La simplicité de cette loi [le principe B ci-dessus] comparée aux grandes et nombreuses conséquences qui en peuvent être déduites, ainsi qu'une autorité qui commande sans pourtant se présenter apparemment avec un mobile, doit sans doute paraître étrange au premier abord. Mais si dans cet étonnement touchant la faculté de notre raison, de pouvoir déterminer l'arbitre par la simple Idée de la qualification d'une maxime comme loi pratique *universelle*, on apprend que ces mêmes lois pratiques (morales) commencent seules à donner connaissance d'une propriété de l'arbitre que la raison spéculative n'aurait pu découvrir ni par des raisons *a priori* ni par quelque expérience [...], tandis que les lois pratiques exposent incontestablement cette propriété, je veux dire la liberté, il apparaîtra alors moins étonnant de trouver ces lois, comme les postulats mathématiques, *indémontrables* et cependant *apodictiques*, et de voir en même temps s'ouvrir devant soi tout un champ de connaissances pratiques, où la raison doit trouver en même temps avec cette Idée de la liberté toute Idée sienne du supra-sensible alors que cela lui est dans le champ théorique absolument caché.²⁶⁵

Pour Kant, la connaissance proprement dite des lois morales n'est pas celle qui expose leur validité, mais celle qui transcrit les commandes de celles-ci, voire celle qui les conçoit, celle capable de les faire naître — c'est le sens propre d'une connaissance pratique. D'un côté, il y a le raisonnement spéculatif qui permet seulement de tracer la possibilité de cette connaissance (si une connaissance pure et entièrement rationnelle du devoir il devait y avoir, quel pourrait être le mécanisme qui la rend possible) ; de l'autre, l'effectivité de cette connaissance est manifeste et totale dans le simple fait que l'être rationnel, afin de se fixer des devoirs, se dit et se commande : « Je dois », en accordant à ce geste une signification qui est censée, dans l'idéal et dans le conceptuel, reproduire justement ce même mécanisme. Jusqu'ici on peut comprendre que la tautologie observée dans le raisonnement de Kant n'est qu'une apparence, car les deux propositions qui à première vue semblent se justifier l'une par l'autre se déroulent en réalité à deux niveaux différents. Et c'est dans ce sens-là que la connaissance pratique ne peut pas être une science anthropologique — ainsi Kant le rappelle sans cesse — car celle-ci ne fait qu'exposer et ne saurait donner des lois (ni fournir des mobiles internes aux lois) aux êtres rationnels.

Ainsi, la dimension subjective n'intervient pas seulement dans la construction de l'objet, mais aussi dans la configuration du rapport scientifique, en réunissant l'objet

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 142-143.

connu et le sujet connaissant, et en embrouillant la frontière de leur fonction respective : le sujet passe aussi pour de la matière à penser, et l'objet est pensé de telle manière que la possibilité de l'entreprise scientifique en dépend. Mais cette situation — la dissolution ontologique de l'objet d'étude causée par cette opération subjectiviste — est loin d'être la plus grande particularité de la connaissance morale. Il n'y a en effet rien de radical de constater que le devoir n'est pas une « chose » à part entière lorsque, du point de vue du criticisme, toute chose ne peut être saisie qu'en tant que représentation ; rien d'étonnant, pareillement, de se tourner vers le sujet pour arriver à l'origine de la connaissance. En revanche, ce qui est vraiment révolutionnaire ici s'opère sur la pratique de cette science en particulier, sur ce qu'elle consiste à faire pour construire la connaissance morale : **connaître, c'est déjà légiférer et légiférer n'est autre chose que la manifestation par excellence d'une faculté (la liberté) de la raison pure.**²⁶⁶

Le grand écart qui sépare les deux penseurs contemporains saute tout de suite aux yeux maintenant qu'il s'agit d'imaginer ce que signifie « faire de la science du droit ». Et la divergence s'avère la plus aigüe sur la conception du sujet scientifique. Tandis que la rationalité du modèle benthamien adopte un point de vue extérieur, aérien — ou

²⁶⁶ Sur la relation particulière entre la faculté de législation de la raison et la connaissance, relation qui est la base de l'intelligibilité des concepts juridiques, Kant s'exprime très clairement en un court passage porté sur la notion de possession : « Mais la possibilité d'une possession intelligible, par conséquent aussi du mien et du tien extérieurs, ne saurait être comprise, mais doit être déduite du postulat de la raison pratique, en quoi apparaît une chose particulièrement remarquable : c'est que la raison pratique sans avoir besoin d'intuition, et même d'une intuition qui serait *a priori*, s'élargisse par la seule élimination des conditions empiriques qu'autorise la loi de la liberté, et puisse établir des propositions juridiques *a priori*, et ainsi *synthétiques* dont la preuve peut être donnée ensuite analytiquement au point de vue pratique. » *Ibid.*, p. 183.

Les termes qu'emploie Kant dans un passage de « Architectonique de la raison pure » sont encore plus parlants sur ce plan : « La **législation** (*die Gesetzgebung*) de la raison humaine (la philosophie) a deux objets : la nature et la liberté, et par conséquent, elle embrasse la loi physique aussi bien que la loi morale, d'abord en deux systèmes particuliers et enfin dans un seul système philosophique. La philosophie de la nature se rapporte à tout ce qui existe et celle des mœurs seulement à ce qui doit être. » Ou encore un autre passage : « ...la philosophie est la science du rapport qu'a toute connaissance aux fins essentielles de l'humaine raison (*teleologia rationis humanæ*), et le philosophe n'est pas un artiste de la raison, mais le **législateur** de la raison humaine. » E. KANT, *Critique de la raison pure*, A. Tremesaygues et B. Pacaud (éd.), Paris, Puf, 2012, p. 562-563. (C'est nous qui mettons en gras.)

C'est sans doute à partir de ce point décisif que Simone Goyard-Fabre voit dans l'idée du droit de Kant la source d'inspiration de tous ses autres projets du criticisme, malgré le fait que la doctrine fût achevée en dernier chronologiquement. Ce serait sa pensée juridique qui serait à l'origine de sa « révolution copernicienne » : « Kant, comme l'a remarqué pertinemment J. Lacroix, est, “dans la plus grande intimité de son être et de son génie, l'homme du droit” [*Kant et le kantisme*, P.U.F., 1966, p.12]. Il est l'homme du droit non seulement parce que, opérant la synthèse des Lumières, il ne pouvait demeurer indifférent ni à l'optimisme juridique et à la nomophilie du XVIII^e siècle, ni aux bouleversements juridiques que suscita l'événement sans pareil de la Révolution française, mais aussi et surtout parce que la formulation du problème critique, qui est le cœur même de l'œuvre, correspond à une inspiration profondément juridique. [...] la “métaphysique du droit” à laquelle il songe depuis la période pré-critique, “est exigée comme un système issu de la raison” [citation provenant de la préface de la *Doctrine du droit*]. Elle est, comme telle, en parfaite congruence avec la démarche et l'esprit des trois grandes Critiques, qu'elle vient parachever. » S. GOYARD-FABRE, « Kant et l'idée pure du droit », *Archives de philosophie du droit*, vol. 26, 1981, p. 133-154 ; p.133-134 pour le passage ci-dessus.

mieux : un point de vue de gouvernement, tel un planificateur vis-à-vis de son projet, déterminant les lois morales par un calcul le plus précis possible — la rationalité du modèle kantien, elle, se met à la place de celui qui est supposé être le fondement des lois morales, à savoir l'être rationnel, et mène un raisonnement envers le soi et à partir du soi. Ainsi le benthamite analyse le problème du droit comme il analyserait une carte déployée devant lui et il s'interroge : « Quelle est la meilleure solution ? ». Dans cette posture, la science du droit se situe au-dessous du tout puissant sujet scientifique qui, muni d'un principe ultime, lui seul, donne vie et mort à la science.²⁶⁷ En revanche, le kantien ne voit et le problème et la solution nulle part ailleurs que dans le sujet contemplant, lequel se demande : « Comment le droit, le vrai, m'est-il possible ? », et il trouvera sa réponse en légiférant en tant qu'être libre et rationnel. Chez Bentham, la science ne se soucie pas du rapport entre objet scientifique et sujet scientifique, car à proprement parler ce dernier n'existe pas dans sa vision. Par contre, dans le modèle de Kant, le sujet scientifique, étant à l'origine à la fois de la possibilité de son objet d'étude et de la problématique qu'engage son entreprise scientifique, se trouve donc à l'intérieur même de la science, laquelle, d'ailleurs, est de ce fait une science qui s'intéresse à ses propres limites et à sa propre validité, car ce que peut connaître le sujet est maintenant devenu l'un de ses problèmes.

Section 2 Le tournant épistémologique kantien dans l'archéologie de Foucault

I Des différentes manières d'imaginer le systémique

À première vue, la définition du système exposée par Kant ne donne pas l'impression qu'il cherche à avancer quelque chose de complètement nouveau, ni dans son intention, ni dans ses descriptions, malgré le fait qu'il l'ait forgée dans le but d'élucider le

²⁶⁷ Rappelons la façon dont Bentham imagine la fin de la mission de la science du droit : « Si les lois étaient ce qu'elles devraient et pourraient être, la science de la Jurisprudence prendrait fin. La connaissance sur le contenu des lois ne constituerait plus une science. Elle ne serait pas plus une science en soi que ne l'est la connaissance sur ce qui est contenu dans des journaux. » J. BENTHAM, *Preparatory Principles*, *op. cit.*, p. 322.

fonctionnement de la raison pure tel qu'il se traduit en des sciences et fait partie de l'usage courant de l'intelligence humaine — un travail caractéristique et nécessaire au système kantien. Avant ou après Kant, quiconque envisage une entreprise scientifique ou essaie de concevoir la notion de science ne manque pas d'insister sur le caractère systémique des sciences. Sans doute que chacun a ses propres idées sur ce en quoi consiste un système, lequel est, en outre, peu élaboré pour la plupart par rapport à ce que fait Kant, mais il y a fort à parier que peu sont ceux qui contesteraient les caractéristiques qu'il met en avant pour définir le concept. En tant que caractère qui « convertit la connaissance vulgaire en science », le système est « l'unité de diverses connaissances sous une idée »²⁶⁸. « Cette idée est le concept rationnel de la forme d'un tout. »²⁶⁹ Ce point-là est d'une importance primordiale que « personne n'essaie d'établir une science sans avoir une idée pour fondement. »²⁷⁰ Sans l'idée fondamentale, on n'arrivera pas à « déterminer le contenu propre, l'articulation (l'unité systématique) et les limites de la science. »²⁷¹ La réalisation de l'idée se fait par un « schème, c'est-à-dire d'une diversité et d'une ordonnance des parties qui soient essentielles et déterminées *a priori* d'après le principe de la fin. »²⁷² Quoiqu'avec une terminologie différente, Bentham se reconnaît tout à fait dans cette description : l'idée fondamentale de sa science de la morale est l'Utilité, à partir de laquelle seulement on peut dégager de manière rationnelle le contenu, la logique de l'articulation systémique (les techniques du calcul utilitariste), les positions des éléments, les rapports et les distinctions entre eux, les limites de chaque subdivision et de la sphère entière du domaine de la morale. Dans les passages ci-dessous notamment, il semblerait même que les esprits de ces deux grands penseurs se rencontrent. Lisons d'abord celui de Kant :

Le concept rationnel scientifique contient, par conséquent, la fin et la forme du tout qui concorde avec elle. L'unité du but auquel se rapportent toutes les parties, en même temps qu'elles se rapportent les unes aux autres dans l'idée de ce but, fait qu'aucune partie ne peut faire défaut sans qu'on en remarque l'absence, quand on connaît les autres, et qu'aucune addition accidentelle, ni aucune grandeur

²⁶⁸ « Architectonique de la raison pure », dans E. KANT, *Critique de la raison pure*, op. cit., p. 558.

²⁶⁹ *Id.*

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 559.

²⁷¹ *Id.*

²⁷² *Ibid.*, p. 558.

indéterminée de la perfection, qui n'ait pas ses limites déterminées a priori, ne peuvent trouver place.²⁷³

Ensuite, ce passage de Bentham que nous avons déjà vu, lorsqu'il parle de sa méthode de systématisation, à savoir « l'arrangement naturel » guidé par le principe d'Utilité :

La nuisibilité d'une mauvaise loi serait détectée, ou du moins son utilité serait rendue suspecte, en raison de la difficulté à lui trouver une place dans un tel arrangement.²⁷⁴

Mais si le système de l'un et de l'autre se rapprochent par leur fonctionnement et leur structure interne, une seule différence fait que les deux ne sont pas du tout compatibles — toute tentative de les comparer sans en tenir en compte serait commettre l'erreur d'abstraire la notion de système de son contexte conceptuel et, par la suite, de croire que ce que représente cette appellation vaut partout pareillement pour la science. Cette différence est tout simplement le résultat d'une des marques les plus connues de Kant : c'est-à-dire le rôle de l'*a priori* dans la connaissance. Tandis que les limites de connaissance du système benthamien (et sans doute d'autres penseurs qui n'héritent pas de l'influence kantienne) sont écrites dans l'existence objective du monde, les limites du système kantien sont posées par et pour ce système même, par et pour l'idée fondamentale qui détermine la forme et la fin du système, par et pour le raisonnement. Car pour Kant, rien dans l'*a priori* n'est antérieur à la raison, au contraire, celui-là est bien l'effectivité de celle-ci. Les limites benthamiennes traduisent la finitude des choses, alors que les limites de Kant tracent la finitude de l'homme. Par rapport au système de Bentham qui semble immuable, éternel et donné, le système de Kant est donc par définition toujours conditionné : ce caractère n'est point un regrettable point faible du système kantien, mais ce qui le définit même. Cette condition, le rationnel, est le problème de Kant ; ce que ce problème constitue comme bouleversement dans l'épistémè occidentale, c'est la question de Foucault.

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ J. BENTHAM, *A comment on the Commentaries and A fragment on Government*, J. H. Burns et H. L. A. Hart (éd.), Oxford, Clarendon press, 2008, p. 416.

II Déterminer la couche archéologique du système moderne

En cherchant le modèle commun et les logiques communes à travers lesquels se construisent des sciences empiriques prémodernes — en l’occurrence, l’analyse des richesses, l’histoire naturelle et la grammaire générale —, Foucault découvre et élabore le jeu de la représentation et désigne celle-ci en tant que forme de l’épistémè de l’époque classique. Pendant cette période archéologique, l’analyse des langues considérait celles-ci essentiellement en tant que discours, ce qui veut dire que leurs fonctions de désignation, d’articulation, d’attribution et le phénomène de leurs dérivations étaient analysés principalement par les valeurs représentatives des mots. L’analyse des richesses observait les modes d’échange et se faisaient de la valeur, c’est-à-dire la question de rapporter un signe à un autre et de relier les prix aux besoins, sa plus grande problématique. L’histoire naturelle avait pour l’objectif d’établir une taxinomie qui mettait en place, à partir des caractères qui regroupaient ou distinguaient les individus et les espèces, une hiérarchie de l’existence naturelle qui faisait que chaque être vivant y avait sa place. Mais si la représentation était le mode d’être commun des connaissances des XVII^e et XVIII^e siècle, sa descente à partir de la fin du XVIII^e siècle est elle-aussi unanime : la représentation garde certes une certaine fonction de mise en ordre, mais elle ne garantit plus la scientificité, ou plutôt, sa possibilité ne détermine plus la condition de la science. Pour décrire ce tournant qui est au cœur de son enquête archéologique, Foucault a pris la peine d’examiner les nombreux changements survenus dans les trois domaines de son étude et de les résumer en un seul événement. Ici, nous la simplifions encore : si l’importance de la représentation déchoit, ce n’est pas parce que d’autres mécanismes lui ont volé son rôle, ni qu’une révélation quelconque a brisé sa magie, mais parce qu’en se renforçant, elle s’est inévitablement mise en question. « Tout le système classique de l’ordre, toute cette grande *taxinomia* qui permet de connaître les choses par le système de leurs identités se déploie dans l’espace ouvert à l’intérieur de soi par la représentation quand elle se représente elle-même : l’être et le même y ont leur lieu. Le langage n’est que la représentation des mots, la nature n’est que la représentation des êtres, le besoin n’est

que la représentation du besoin. »²⁷⁵ Au sommet d'une telle perfection scientifique, c'est donc au tour du fonctionnement de la représentation d'être examiné. Le nouvel espace philosophique qui préparera le XIX^e siècle s'ouvrira justement « là où le classicisme avait établi ses serrures épistémologiques les plus solides »²⁷⁶, c'est-à-dire là où la représentation est devenue elle-même l'objet à déchiffrer. Maintenant, la question essentielle est de savoir quel est « le **rapport** de la représentation à ce qui est donné en elle »²⁷⁷. Ainsi, la grammaire générale abandonne progressivement « la souveraineté du Nom »²⁷⁸ qui incarnait l'essence d'une langue, et réserve la place centrale à la flexion qui traduit en revanche « un système de modifications »²⁷⁹ « à valeur grammaticale »²⁸⁰, « un "mécanisme" intérieur des langues »²⁸¹. L'analyse des richesses se démode ; à sa place est née l'économie politique qui introduit dans les mouvements de l'échange une nouvelle unité de mesure, hétérogène et irréductible au réseau de la représentation, et comme un passage qui lui est obligatoire — le travail. La classification des êtres naturels commence à prendre une signification qui dépasse la simple nomenclature pour laquelle « distinguer » et « dénommer » suivaient les mêmes critères et les mêmes opérations ; perpendiculairement à cette tâche, s'instaure une autre qui se focalise sur « l'organisation » des espèces tirée de la hiérarchie des fonctions vitales au lieu de celle des caractères visibles, et qui ainsi « définit... la loi intérieure qui permet à telle de leurs structures de prendre la valeur de caractère. »²⁸² Dans chacun de ces trois domaines, le nouveau point focal est unanimement un principe d'organisation qui n'était pas visible à la surface de l'ordre, un élément extérieur du jeu de la représentation, lequel conditionne le fonctionnement de celle-ci et justifie le rapport d'une représentation à une autre. Ainsi, tandis que le souci principal du classicisme consistait à exposer et organiser des identités et des différences et, ainsi, à ordonner le monde, la nouvelle problématique moderne compromet l'homogénéité et la continuité de ce grand tableau classique. La science de l'époque classique se bâtissait sur des questions typiquement d'ordre ontologique, et c'est dans ce contexte que

²⁷⁵ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, op. cit., p. 221-222.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 219.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 251 ; c'est nous qui soulignons.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 248.

²⁷⁹ *Id.*

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 249.

²⁸¹ *Id.*

²⁸² *Ibid.*, p. 242-244.

s'expliquent l'importance et l'originalité du criticisme qui est essentiellement une théorie qui s'interroge sur la représentation et problématise l'ontologie²⁸³.

III La représentation : le garant ou le problème de la scientificité ?

Selon Foucault, ce tournant caractérisé par la mise en question du fonctionnement de la représentation dans les réflexions scientifiques trouve son exemple par excellence dans ce que signifie la coexistence de l'Idéologie et de la philosophie critique, deux systèmes qui sont aussi comparables que contradictoires. De la même manière que la Critique, qui est essentiellement la philosophie de toutes les philosophies pures²⁸⁴, l'Idéologie constitue une science de base qui doit être intégrée dans le fondement de toutes les sciences pour autant qu'elle est une « science des idées ». Mais ce n'est pas pour autant qu'elle se structure différemment et échappe à la loi de la scientificité et à la vision de l'homogénéité universelle d'après lesquelles d'autres sciences se définissent. Les idées, ses objets, sont interrogées aussi « scientifiquement » que les mots, les êtres, ou les besoins. Il est attendu que l'on trace les confins du monde des idées et les rapports entre elles comme on le fait pour monter une taxinomie, théoriser les distinctions et les parentés des langues, ou ordonner le rythme d'échanges. « L'Idéologie n'interroge pas le fondement, les limites ou la racine de la représentation ; elle parcourt le domaine des représentations en général ; elle fixe les successions nécessaires qui y apparaissent ; elle définit les liens qui s'y nouent ; elle manifeste les lois de composition et de décomposition qui peuvent y régner. Elle loge tout savoir dans l'espace des représentations, et en parcourant cet espace, elle formule le savoir des lois qui l'organise. Elle est en un sens le savoir de tous les savoirs. Mais ce redoublement fondateur ne la fait pas sortir du champ de la représentation... »²⁸⁵

Ainsi Foucault cite Destutt de Tracy :

²⁸³ Ontologie en tant qu'« interrogation sur l'être pris absolument » ; voir A. RENAULT, *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997, p. 53 ; et le chapitre entier (p. 53-77) pour la question de la représentation chez Kant.

²⁸⁴ « La philosophie de la raison pure est ou bien propédeutique qui examine le pouvoir de la raison par rapport à toute connaissance pure *a priori*, et elle s'appelle *critique*, ou bien elle est, en second lieu, le système de la raison pure (la science), toute la connaissance philosophique de la raison pure (vraie aussi bien qu'apparente) dans un enchaînement systématique, et elle s'appelle *métaphysique*... » (E. KANT, *Critique de la raison pure*, *op. cit.*, p. 563).

²⁸⁵ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, *op. cit.*, p. 253.

« Vous êtes-vous jamais rendu compte un peu précisément de ce que c'est que penser, de ce que vous éprouvez quand vous pensez, n'importe à quoi ?... Vous dites-vous : *je pense cela*, quand vous avez une opinion, quand vous formez un jugement. Effectivement porter un jugement vrai ou faux est un acte de la pensée ; cet acte consiste à sentir qu'il existe un rapport, une relation... *Penser*, comme vous voyez, *c'est toujours sentir*, et ce n'est rien que sentir. »²⁸⁶

Et de conclure :

Ce qui, lu dans un sens, apparaît comme la généralité la plus mince de la pensée, apparaît, déchiffré dans une autre direction, comme le résultat complexe d'une singularité zoologique. [...] L'analyse de la représentation, au moment où elle atteint sa plus grande extension, touche par son bord le plus extérieur un domaine qui serait à peu près... celui d'une science naturelle de l'homme.²⁸⁷

Jusqu'ici, inutile de rappeler à quel point la philosophie critique est éloignée de ce modèle. Mais il serait aussi inexact de dire que Kant se trouve aux antipodes de Destutt de Tracy, car la valeur de la représentation n'y est pas niée : il faudrait juste la refonder. En fermant lourdement et décisivement la porte à la solution empirique, Kant repart de la représentation pour la contourner, « pour s'adresser à cela même à partir de quoi toute représentation, quelle qu'elle soit, peut être donnée »²⁸⁸ :

...seuls des jugements d'expérience ou des constatations empiriques peuvent se fonder sur les contenus de la représentation. Toute autre liaison, si elle doit être universelle, doit se fonder au-delà de toute expérience, dans l'a priori qui la rend possible. Non qu'il s'agisse d'un autre monde, mais des conditions sous lesquelles peut exister toute représentation du monde en général.²⁸⁹

En explorant les limites du grand tableau des idées, le modèle de l'Idéologie parcourt une plaine et rencontre la frontière au-delà de laquelle on entre simplement dans un autre domaine homogène, alors que la philosophie critique découvre une falaise qui marque, ou plutôt conditionne, le tableau en question. C'est dans ce sens que Foucault comprend la contemporanéité de ces deux modes de pensées, et saisit leur correspondance dans le fait que l'Idéologie, comme la Critique, étend « sa réflexion

²⁸⁶ Destutt de Tracy, *Éléments d'Idéologie*, I, p. 33-35, cité dans *Ibid.*, p. 254.

²⁸⁷ *Id.*

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 254-255.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 255.

sur tout le champ de la connaissance »²⁹⁰. Cependant, ce point de rapprochement est aussi le point de départ de leur divergence, et ainsi l’histoire de la connaissance se jette dans une nouvelle ère. « En ce sens, l’Idéologie est la dernière des philosophies classiques, [...] la critique kantienne marque en revanche le seuil de notre modernité. »²⁹¹ Avec Kant, ce qui rend un système systémique n’est plus la structure en soi dans laquelle les éléments s’expliquent l’un par rapport à l’autre, mais les conditions qui font que la structure peut et doit tenir comme telle : « son fondement, son origine, et ses bornes. »²⁹²

IV Bentham : un des derniers classiques

Bentham n’est pas dans la visée de *Les mots et les choses* — les trois domaines qui y sont analysés ne sont pas qualifiés de sciences morales traditionnellement, et l’intérêt que porte Foucault sur l’utilitariste émergera plus tard lorsqu’il se réorientera de l’archéologie du savoir vers la généalogie du pouvoir. Pourtant, nous sentons partout dans ses diagnostics à propos de l’époque classique un air familier qui rappelle notre horloger du bonheur. Malgré sa démarche novatrice en vue de redéfinir le système juridique à partir d’un nouveau principe, une grande partie du travail de Bentham consistait à dresser un tableau complet qui représenterait, idéalement à l’échelle 1 : 1, l’univers entier que ses projets de codification avaient pour but de réaliser. Rappelons-nous encore sa méthode d’ordonner : que ce soit la classification ou la théorie des fictions, il s’agit toujours de bien définir les « entités », les renommer si nécessaire, les distinguer les unes des autres, les classer et les diviser, et enfin répertorier la totalité des éléments jusqu’à ce que les limites du domaine se dessinent. Comme nous l’avons mentionné, la méthode, très répandue et développée à l’époque, était empruntée des sciences naturelles. Bentham s’est explicitement référé au naturaliste du XVIII^e siècle connu pour avoir perfectionné la nomenclature des êtres vivants — Linnæus (Linné). Ce dernier est, on le sait, l’un des auteurs principaux qu’étudie Foucault pour décrire cette époque qu’il qualifie de classique. Bien d’autres points classeraient Bentham dans

²⁹⁰ *Id.*

²⁹¹ *Id.*

²⁹² *Id.*

cette épistémè, voire le rapprocheraient de l'Idéologie au sens où il paraît aussi comme un des deniers des classiques. Par exemple, son intérêt porté sur la langue et la notion de fiction montre une tentative similaire : explorer la base de la base, c'est-à-dire l'unité la plus élémentaire de toute idée et de tout sens. Mais sa méthode de paraphrase, alors qu'elle lui permet de faire tenir le système, l'empêche aussi de rencontrer la rupture qui met en question la possibilité de celui-ci. C'est ainsi que le champ de la connaissance lui paraît comme une plaine où il répète le jeu de la représentation jusqu'à ce que le périmètre soit tracé, sans poser de questions sur ce qui peut être au pied des falaises. De manière similaire, le principe d'utilité qui assure le fondement du système se présente certes en tant qu'origine des valeurs, mais au fond, il n'est pas lui-même épargné par la représentation qui le poseraient dans une même formule avec des éléments d'un tout autre ordre : en fin de compte, le principe n'est pas autre chose que la traduction déontologique d'une loi naturelle résumant les penchants humains. On parcourt de part en part la science morale et on arrive à la science naturelle, exactement comme chez Destutt de Tracy.

La nomenclature qui consiste à nommer et classer les choses, et la métaphysique qui consiste à nommer et classer les mots (rappelons-nous que Bentham entend la métaphysique comme la science de la définition), présupposent, toutes les deux, que la question de la connaissance est au fond une question de l'être, c'est-à-dire l'ontologie. « L'Eudémonisme est l'art du *bien-être* (*well-being*). Ce qui est nécessaire au *bien-être* est *l'être* (*being*). En conséquence, en tout point du champ commun qui est concomitant et correspondant à l'Eudémonisme en tant qu'*art*, est à l'œuvre l'*Ontologie*. »²⁹³ Encore une fois, le monde de Bentham rentre parfaitement dans l'épistémè classique définie par Foucault :

La mise en ordre de l'empiricité se trouve ainsi liée à l'ontologie qui caractérise la pensée classique ; celle-ci se trouve en effet d'entrée de jeu à l'intérieur d'une ontologie rendue transparente par le fait que l'être est donné sans rupture à la représentation ; et à l'intérieur d'une représentation illuminée par le fait qu'elle délivre le continu de l'être.²⁹⁴

²⁹³ J. BENTHAM, « Chrestomathia », *op. cit.*, p. 83.

²⁹⁴ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, *op. cit.*, p. 219.

La science de l'époque classique est une construction plate et infinie entre le nom et l'ordre, que l'esprit doit parcourir avec un sens de symétrie et d'équilibre. Mais bientôt cet équilibre va perdre son assise : le donné qui précède la connaissance, l'être que présuppose le nom, n'est plus perçu comme chose acquise. L'enjeu est de prendre la mesure de l'abîme qui en résulte et de reconstruire le fondement. Le rapport entre dénomination et existence devient donc à son tour le problème pour la science. La question, maintenant, est de savoir comment connaître **le connaître**. La science qui va être créée par la suite, quoi qu'elle prenne une structure en apparence similaire, ne saisira plus son objet comme ce qu'indique son nom : un objet, comme quelque chose qui va de soi. Ainsi Foucault reconnaît ce fameux tournant archéologique :

Le nom et les genres, la désignation et la classification, le langage et la nature cessent d'être entrecroisées de plein droit. L'ordre des mots et l'ordre des êtres ne se recourent plus qu'en une ligne artificiellement définie. Leur vieille appartenance [...] commence à se défaire. On se met à parler sur des choses qui ont lieu dans un autre espace que les mots.²⁹⁵

La métaphysique qui prétend fournir la connaissance préparatoire à toute connaissance et la première couche de représentation pour toute représentation, est donc du passé. Vue de l'épistémè moderne, par le simple fait que son effectivité sur la science n'a pas été relevée ni remise en question, elle revêt une allure de dogmatisme. Foucault signale que la Critique permet de dévoiler la métaphysique du XVIII^e siècle, cachée derrière le jeu de représentation. « Mais elle ouvre en même temps la possibilité d'une autre métaphysique qui aurait pour propos d'interroger hors de la représentation tout ce qui en est la source et l'origine. »²⁹⁶ On voit là que Foucault nous prépare à la venue du siècle de l'Histoire.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 243.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 256

Chapitre 3 Anthropologie de Kant lue par Foucault : naissance d'une nouvelle empiricité

Section 1 Le but de notre enquête

Mais revenons un instant à notre question initiale. Un système est un système, qu'il se structure par la logique de représentation ou par la mise en question de cette dernière. Pour autant qu'ils présentent des unités de connaissances qui autrement ne formeraient aucune science, les systèmes se ressemblent tous. Ressemblance donc, parce qu'ils assurent tous la même fonction. Mais aussi parce que leur diversité semble, à défaut d'une optique archéologique, ne suivre aucun principe d'évolution : on a beau pouvoir distinguer un système d'un autre en saisissant ses concepts et sa méthodologie caractéristiques, il n'est pas évident que l'on réussira tout autant à s'expliquer l'origine de ces différences. Le génie de Foucault consiste justement à montrer que le systémique n'est pas simplement une qualité scientifique qui s'ajoute aux autres, que les diverses structurations systémiques ne sont pas aléatoirement dues à la singularité de quelques grands esprits. Il montre en effet que, si le système d'une science se structure de telle ou telle manière, c'est parce qu'il fait partie de diverses expressions de quelque chose qui, en arrière-plan, rend possible et conditionne les sciences : la conception de l'objet scientifique, l'ordre par lequel les connaissances sont censées se mettre en rapport, les critères par lesquels la scientificité est considérée comme établie, ou encore le rôle du sujet scientifique — une cohérence de différentes présuppositions conscientes ou inconscientes que, pour sa nature d'être une condition historique et paradigmatique pour les sciences, Foucault appelle épistémè. Équipé d'une telle optique, il va donc pouvoir exposer le type de système propre à l'époque moderne, et expliquer la nécessité du surprenant mariage entre le systémique et l'historique ; ou plus exactement, le fait que le systémique et l'historique sont une seule et même chose. La difficulté consistera à imaginer un système qui, en même temps qu'il se construit en un ordre successif, n'en est pas moins une structure déjà entièrement en place. À cela s'ajoutent d'autres éléments qui, ensemble, conduiront Foucault à parler d'une certaine allure

« précritique » des constructions scientifiques du XIX^e siècle, ce qui pourra peut-être donner une explication à la difficulté de percevoir la particularité du caractère systémique de l'époque, et à la tendance à voir l'historicisme non pas comme une nécessité, mais comme une influence contingente qui vient s'imposer aux systèmes scientifiques.

Mais c'est là qu'il faut poser une question essentielle sur l'approche de Foucault. Que de manière générale, la philosophie de Kant ait légué un héritage commun non négligeable au monde des sciences, personne ne le contesterait. Mais c'est une autre chose que de vouloir établir un lien direct entre le criticisme et des sciences modernes qui ont pour objets des phénomènes empiriques. Comment Foucault réussit-il à franchir l'infranchissable d'après la leçon de Kant — la distinction entre l'*a priori* et l'empirie —, et à installer un tel tournant épistémologique, dont la philosophie critique est l'emblème par excellence, dans son récit archéologique qui parcourt toutefois trois sciences empiriques ? Et pourquoi est-il nécessaire de passer par Kant ? Notre réponse, très succincte pour le moment, se déploie en deux temps. Premièrement : strictement parlant, ce que trace Foucault, ce ne sont pas les mêmes sciences qui se seraient transformées au cours du temps. La philologie, la biologie, et l'économie politique du XIX^e siècle ne sont pas les versions plus avancées des anciennes grammaire générale, histoire naturelle, et analyse des richesses : elles sont de nouvelles sciences émergentes qui ainsi rendent désuètes celles-ci. Du point de vue de Foucault, si leurs objets ont toujours porté les mêmes noms d'une épistémè à une autre, ce sont en réalité des choses différentes qui ont été visées, car ce qui a constitué leur empiricité et, par là-même, leur possibilité d'avoir une qualité scientifique n'est pas le même. D'un regard rétrospectif, on pourrait dire que les nouveaux objets, ou les nouveaux domaines sur lesquels se dressent les nouveaux systèmes, étaient invisibles pour l'épistémè classique.²⁹⁷ Ce qui nous amène à la deuxième partie de la réponse : le projet de Foucault consiste donc non pas à révéler comment la philosophie critique a pu influencer les sciences empiriques, mais comment celle-ci a fait naître une toute

²⁹⁷ « Philologie, biologie et économie politique se constituent non pas à la place de la *Grammaire générale*, de l'*Histoire naturelle* et de l'*Analyse des richesses*, mais là où ces savoirs n'existaient pas, dans l'espace qu'ils laissaient blanc, dans la profondeur du sillon qui séparait leurs grands segments théoriques et que remplissait la rumeur du continu ontologique. L'objet du savoir au XIX^e siècle se forme là même où vient de se taire la plénitude classique de l'être. » *Ibid.*, p. 220.

nouvelle empiricité ; ou plutôt, comment cette dernière aurait été impossible sans la philosophie critique. Exposer ce processus-là ainsi que la structure de la nouvelle empiricité, voilà les deux ambitions de Foucault. Pour la seconde, *Les mots et les choses* en a fait un bel exposé. Pour la première, par contre, il faut remonter au point zéro de son aventure archéologique : non pas le Kant de la Critique, mais le Kant de l'Anthropologie.

Mais avant de creuser ce point, il nous faut expliquer au lecteur notre cheminement, pour quelle raison ce détour foucauldien nous est nécessaire, et ce qui nous attendrait au bout. Si nous consacrons autant d'effort sur le travail de Foucault, ce n'est évidemment pas parce qu'il est notre sujet. C'est parce que, pour autant que nous cherchons une explication archéologique à l'émergence et aux problématiques de l'École historique du droit, les questions de Foucault sont aussi les nôtres. En effet, supposons que cet épisode évolutif de la science du droit ne soit pas purement dû aux facteurs contingents (le génie de quelques grands juristes, le contexte politique spécifique, la culture et les institutions juridiques, etc.) mais qu'il soit aussi dû à une structure épistémologique commune, et que de ce fait, l'adoption d'une approche historique dans la tentative de construire une science systémique ne soit pas une pure invention, mais plutôt une démarche qui, certes inédite, parait aussitôt sensée ; mais alors justement, comment et grâce à quelle notion de science cela est-il possible ? N'y a-t-il pas un lien entre le tournant épistémologique qu'analyse Foucault et la formation de cette nouvelle tradition de science juridique qui, alors qu'elle délaisse la scientificité du Droit Naturel, aligne l'objectivité du droit sur son empiricité — à savoir, l'historicité du droit fraîchement reconnue —, mais sans pour autant laisser celle-ci seule à monopoliser sa rationalité ? L'empiricité propre à cette science capable de penser le temporel dans son système, ne serait-elle pas aussi, à l'instar de la thèse de Foucault, une conséquence de la philosophie critique ? Les travaux archéologiques de Foucault révèlent la particularité de l'empiricité qui marque les trois sciences modernes de son étude : elle est née dans le questionnement de ce qu'est l'homme — son travail, sa langue, sa vie ; bref, sa façon d'être au monde — **par lui-même** ; par là même, elle lui permet d'apparaître pour la première fois au regard scientifique en tant qu'objet d'un savoir. Or, la thématique générale partagée par toute la scène philosophique depuis la fin du

XVIII^e siècle, à laquelle la science juridique n'échappe pas, n'est-elle pas basée sur un chamboulement épistémologique similaire qui inclut, pareillement, la question de l'homme ? — au lieu de regarder le ciel en quête de l'Ordre, on commence à croire que la seule chose sûre et intelligible à l'échelle humaine est sur terre, dans nos propres pensées, dans les traces humaines ; c'est de là que l'on peut tirer des connaissances quelles qu'elles soient. Devant une telle thématique, il n'y a pas qu'une seule option : on peut reconstruire l'homme tout entier d'après une nouvelle volonté, ou on peut reconnaître que les connaissances tirées des traces humaines conservent elles aussi la solution à notre présent et notre avenir. Si la première option que l'on peut qualifier de politique n'est pas toujours sans recours à la science, la deuxième dépend purement de la méthode scientifique — cette dichotomie, on en connaît une version dans le conflit de codification, au temps où les peuples allemands aspiraient à une identité commune, et où le monde de juristes était divisé entre ceux qui mettaient leur espoir dans l'élaboration d'un code commun et l'approche dite historique qui s'y opposait fermement au nom de la science : un antagonisme pareil n'aurait pas de sens si les opposés n'avaient pas leurs problématiques nées dans une même couche archéologique. Toujours est-il que, si c'est à la deuxième option, la voie de science, que l'on se voue, de nouvelles techniques de pensée seront nécessaires, notamment une notion d'objet scientifique qui non seulement se donne comme la chose à déchiffrer mais contienne aussi, en lui-même, les principes du déchiffrement. En ce sens, la difficulté et la stratégie épistémologique de l'École historique du droit ressemblent à celles que révèle Foucault à propos d'autres sciences humaines : il s'agit de rendre compte de la positivité, à savoir ce qui est créé par l'homme au cours du temps, de manière à la transformer en quelque chose d'autonome et systémique, doté d'une capacité explicative. Ainsi, la science du droit est comme une lutte permanente entre la reconnaissance de la dispersion originelle des pensées et pratiques juridiques, qu'elles soient en vigueur ou désuètes, et la systématisation essayant de les saisir, les trier, les revivifier et les transformer en des concepts qui, associés les uns aux autres, composent un tout qui échappe même aux auteurs originels de ses éléments individuels, un système qui ne peut être que le produit de la science.

Démontrer la chose qui rend possible ce type de modèle scientifique est mission impossible, même si on avait le courage de faire un recensement complet de toutes les pensées qui lui étaient contemporaines. Car en tant qu'*a priori* historique, elle n'est écrite ni documentée nulle part : c'est elle qui pose les limites de la pensée en question. Mais nous pouvons nous appuyer sur la découverte de Foucault et essayer de la décrire, en espérant trouver des explications épistémologiques pour l'émergence et le déclin de la méthode historique qui a régné et a fondé une grande partie de la science du droit moderne. Nous allons donc compléter ce détour foucauldien en regardant ce qui lui avait inspiré cette aventure archéologique.

Section 2 La problématique : l'émergence des pensées anthropologiques

La *Critique de la raison pure* est certainement un marqueur décisif dans le récit archéologique de Foucault. Mais au moment où *Les mots et les choses* se déployait, cette position avait déjà été prise ; le plus grand travail étant de compléter cette image de l'homme moderne à travers l'évolution des trois disciplines au cours de quatre siècles, Kant n'y occupait qu'une place réduite.

D'ailleurs, sous la notion d'épistémè qui permet de voir les différences dans une même lignée et les points communs entre différents domaines, des pensées provenant de différents registres — les réflexions philosophiques, les sciences déductives et les sciences empiriques — peuvent se voir comparées entre elles, avec leurs caractères structurels, communs ou différenciés, mis en relief et exposées sous leurs rapports réciproques qui, ensemble, retraceront la géographie de l'espace entier de l'épistémè en question²⁹⁸. Pendant ce processus, on peut bien s'orienter à l'aide des liens concrets qui justifient des influences qu'exerce une science directement sur une autre, ceci n'est cependant pas toujours nécessaire mais, surtout, insuffisant pour comprendre la configuration de l'épistémè, car cette dernière s'explique par les frontières entre les

²⁹⁸ Pour la démonstration de ces opérations, voir les passages qui discutent du morcèlement du champ épistémologique dans *Ibid.*, p. 355-359.

différents registres — lesuelles décident qu'une chose ou une question fasse l'objet d'une entreprise scientifique et pas d'une autre —, et par leurs structures analogues qui signent leur contemporanéité. Il est donc normal que dans son archéologie des sciences, Foucault n'ait pas à développer comment concrètement, la Critique de Kant a pu avoir un aussi grand impact sur la connaissance en générale — en réalité, toute l'œuvre est exemptée de ce type de causalité. Cette absence est le propre de l'approche archéologique.

La question de savoir s'il y a un lien entre la philosophie critique et les sciences humaines avait été tranchée en amont par Foucault. En réalité, cette question elle-même représentait déjà un pas en avant pour répondre à une plus grande interrogation que Foucault tenait à cœur depuis les années 1950 : le phénomène de l'anthropologisation croissante de la philosophie. Bien évidemment, Kant n'était pas le seul concerné. Déjà dans ses cours donnés à l'Université de Lille en 1952-1953, Foucault retraçait les thèmes anthropologiques parus chez d'autres philosophes du XIX^e siècle : Hegel, Feuerbach, Marx, Dilthey et Nietzsche. Son intérêt pour Kant s'est accru durant la décennie et sa lecture s'effectuait progressivement à travers Heidegger. Entre 1959 et 1960, Foucault menait une recherche à Hambourg sur l'Anthropologie de Kant. C'était en essayant de la situer dans le système kantien tout entier, notamment vis-à-vis de sa philosophie critique, que Foucault découvrit une situation épistémologique particulière qui aurait été l'origine philosophique des réflexions anthropologiques du XIX^e siècle (ou aurait constitué la condition de leur possibilité). Le résultat de cette recherche fut sa thèse complémentaire, soutenue en 1961, intitulée *Genèse et structure de l'anthropologie de Kant*, composée de sa traduction de *Anthropologie du point de vue pragmatique* de Kant, et d'une longue introduction pour cette dernière. Au moment où Foucault proposait sa traduction à la maison d'édition Vrin en 1964, il en a retiré l'introduction pour n'y laisser qu'une courte notice de trois pages²⁹⁹. C'est que les analyses issues de cette recherche firent germer chez Foucault l'idée de réaliser un autre projet, dont il annonça déjà la parution à venir dans la notice ; projet qui avait pour objectif d'élaborer les rapports entre la pensée critique et les réflexions philosophiques portées sur l'homme, et qui finirait par dépasser cet objectif et

²⁹⁹ E. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, M. Foucault (trad.), Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1964.

déboucher sur le grand passage paradigmatique de l'âge de la représentation à l'âge de l'anthropologie — ainsi serait né *Les mots et les choses*. Il n'était donc plus nécessaire de publier à ce moment-là l'introduction originelle, laquelle ne serait éditée qu'en 2007 et publiée l'année suivante.³⁰⁰

Afin de faciliter la discussion ci-dessous, nous désignons désormais le texte de Kant publié en 1798 par « *Anthropologie* » en italique (en alternant avec « l'édition de Nicolovius » ou « le texte de 1798 »), et l'entreprise scientifique de Kant pour une science de l'homme par « Anthropologie » non en italique, celle-ci regroupant d'autres textes et manuscrits traitant des sujets relatifs ; « anthropologie » en minuscule est employée pour nommer le type de science en générale et non particulièrement au sens kantien.

Dans ce parcours de réflexions donc, Kant de manière générale semble être d'une importance irremplaçable mais éphémère au regard de l'entreprise archéologique de Foucault. Dans un premier temps, Foucault voyait encore chez lui une sorte de mise au clair, voire de déclenchement, de nouvelles formes de pensées scientifiques et de problématiques qui annonçaient la formation d'un nouveau paradigme épistémologique. Mais une fois que Foucault a conçu et a adopté l'approche archéologique et qu'il est désormais question de dessiner la structure de l'épistémè, l'utilité voire la pertinence de cette attribution s'est dissipée (pour la raison que nous avons expliquée plus haut). Néanmoins, le caractère transitoire de cette inspiration kantienne n'occulte pas la valeur de la découverte principale dans ses recherches sur l'Anthropologie : la modalité sous laquelle l'homme est soumis à la science qui lui est propre, à savoir la condition par laquelle une anthropologie telle que Kant l'imagine est possible. Les analyses que fait Foucault sur cette modalité tentent de s'emparer de cet objet scientifique biscornu qu'est le **Je** empirique — non pas l'homme en tant que chose, ni le Je pensant qui est forme pure —, et, par là-même, touchent la question du rapport invraisemblable entre le temporel et la science, entre l'empiricité

³⁰⁰ Pour ce qui est présenté dans ce paragraphe, cf. D. DEFERT, F. EWALD et F. GROS, « Présentation », dans *Anthropologie du point de vue pragmatique*, Paris, J. Vrin, 2019, p. 7-9.

sujette aux changements et la vérité censée être universelle. Ce sont justement ces analyses-là qui nous intéressent ici.

Section 3 Les analyses

I Analyse diachronique : des évolutions de la discipline

Deux grandes questions occupent Foucault dans son introduction à *Anthropologie*. La première : quel est le probable rapport entre l'Anthropologie et la Critique ? La seconde : comment comprendre l'objet et l'objectif de cette science ? Les deux questions sont entremêlées : pour répondre à l'une, on se retrouve à répondre à l'autre. Mais l'ordre par lequel elles sont soulevées a un sens. Dès le début de son travail, Foucault se voit confronté non pas à un texte portant des pensées d'un moment précis, mais à la seule version écrite d'une évolution de pensées se déroulant sur vingt-cinq ans ³⁰¹ d'enseignement sur la matière : *Anthropologie* résumait les cours d'Anthropologie de Kant et fut publiée lorsque ceux-ci ont pris fin. Le manuscrit de ce texte utilisé pour les cours avait dû subir des modifications qui, si elles avaient été conservées, auraient pu démontrer l'évolution de ses pensées à ce sujet. Mais seul l'état final de cette évolution a été immortalisé. Or, ces vingt-cinq années sont aussi celles qui ont vu éclore la pensée critique et s'annoncer la révolution copernicienne de Kant. Il s'agit donc d'un système de pensée dont la première phase précède ce fameux tournant épistémologique mais qui, pour ainsi dire, y survit. La question se pose naturellement de savoir si l'Anthropologie s'est développée indépendamment de la Critique, ou si elle a connu une transformation induite par cette dernière ; ou plutôt, si elle a, d'une certaine manière, accompagné, voire contribué à la formation de la pensée critique. Ainsi pour Foucault, déchiffrer les circonstances de ce texte revient à comprendre les rapports théoriques de ces deux entreprises kantienne, ce qui, par la suite, pourra donner des indices sur le comment et le pourquoi de l'émergence de

³⁰¹ Voir l'explication de Foucault à M. FOUCAULT, « Introduction à l'Anthropologie de Kant », dans *Anthropologie du point de vue pragmatique*, Paris, J. Vrin, 2019, p. 7.

l'homme dans la philosophie. L'homme de *Anthropologie* est-il une construction de la Critique ? Ou est-ce la raison critique qui a pris forme en réponse à une certaine image de l'homme déjà concrétisée ? Et qu'est-ce que l'homme, enfin, qu'il précède ou non la pensée critique, cet objet que l'Anthropologie étudie de manière « pragmatique » ?

Ces questions sont difficiles, car rien dans le texte de 1798 n'indique explicitement un rapport quelconque avec la Critique. Pour se munir de plus de pistes, Foucault élargit le corpus et entreprend de multiples comparaisons entre *Anthropologie* et d'autres écrits de Kant : des notes de cours non publiées (*Collegentwürfe*), des textes écrits dans la période précritique³⁰², et enfin des correspondances et des discussions³⁰³ aux alentours du moment où Kant allait finaliser *Anthropologie*, en 1797. Les indices trouvés suite à cette recherche restent rarissimes et peu concluants au regard des questions posées, mais elle a permis à Foucault de mieux cerner l'objectif, les thèmes, le champ, et la méthode de l'Anthropologie qui, progressivement, se précisaient au cours d'une longue période d'évolution de pensée. Nous résumons ses principales découvertes à ce stade comme suit :

- *Anthropologie* conserve beaucoup de thèmes qui avaient été abordés soit avant, soit dès la première phase des cours d'Anthropologie. Sur des questions comme les tempéraments, les sentiments, les maladies ou la mémoire, etc., de nombreuses concordances voire des passages identiques montrent que le texte de 1798 véhicule la même discipline qui s'enracine dans les pensées de la période précritique.

- Toutefois, quelques modifications notables ont été relevées. Nous allons en signaler deux qui nous intéressent le plus. La première concerne l'architecture dont l'Anthropologie est censée faire partie. Dans l'*Essai sur les Races* (1775) on peut lire que l'Anthropologie était considérée comme l'une des deux branches des connaissances préparatoires pour former la connaissance du monde (*Weltkenntniss*). Son pendant est la Géographie physique. Il était alors envisagé, de manière très

³⁰² Notamment *Observations sur le Beau et le Sublime* (1764), *Essai sur les maladies de l'esprit* (1764), *Essai sur les Races* (1775).

³⁰³ Il s'agit de la troisième section du *Conflit des Facultés* : « Le conflit de la Faculté de philosophie avec la Faculté de médecine ». E. KANT et C. FERRIÉ, *Le conflit des Facultés et autres textes sur la révolution*, op. cit., p. 133-152.

classique, que la *Weltkenntniss* ayant pour objectif de fournir toutes les connaissances et tous les guides utiles à l'organisation de la vie devait couvrir deux grands domaines d'égale importance, à savoir la Nature et l'Homme. Mais d'après ce qu'on peut lire dans *Anthropologie*, ce partage dichotomique et symétrique a disparu pour faire place à une *Weltkenntniss* qui est maintenant entièrement « confiée à une Anthropologie qui ne rencontre plus la nature que sous la forme déjà habitable de la Terre. »³⁰⁴ À la perspective cosmologique se substitue donc la perspective cosmopolitique, « qui a valeur programmatique, et où le monde apparaît plutôt comme cité à bâtir que comme cosmos déjà donné. »³⁰⁵

- La deuxième évolution concerne l'approche de l'Anthropologie. Par rapport aux *Collegentwürf* de 1770-80, le texte de 1798 présente une position plus systématique quant au point de vue à adopter pour cerner son objet. Sur ce point, l'élaboration de Foucault peut être répartie en quatre temps. **a)** D'abord, à propos de la définition de l'objet : l'homme. Déjà dans les notes de cours, Kant explicitait que l'Anthropologie n'étudiait pas l'homme tel qu'il l'est « naturellement ». Foucault remarque que cette position s'est durcie dans l'*Anthropologie* qu'elle en vient à devenir une « constante méthode, [une] volonté résolue de suivre un chemin dont il est prévu que jamais il ne trouvera son aboutissement dans une vérité de nature. »³⁰⁶ On peut lire en effet dans la Préface de l'*Anthropologie*, l'explication simple et claire de Kant : « ces deux expressions : *connaître* le monde et *avoir l'usage* du monde sont-elles, dans leur signification, passablement éloignées l'une de l'autre. Puisque, dans un cas, on ne fait que *comprendre* le monde dont on a été le spectateur, tandis que dans l'autre on est *entré dans le jeu*. »³⁰⁷ **b)** Ensuite, s'agissant du programme, l'idée de proposer une connaissance utile pour guider la vie était déjà dans la conception originelle des cours. Mais Foucault note un léger changement : tandis que dans les *Collegentwürf*, il était seulement question de théoriser ce caractère « pragmatique » — de transformer l'utile à l'universel³⁰⁸ —, dans l'*Anthropologie*, l'interrogation ne s'arrête pas à « ce que l'homme peut faire de lui-même », mais plus encore sur « ce que l'homme, en tant

³⁰⁴ M. FOUCAULT, « Introduction à l'Anthropologie de Kant », *op. cit.*, p. 20.

³⁰⁵ *Id.*.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 32.

³⁰⁷ E. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, M. Foucault (trad.), Paris, J. Vrin, 2019, p. 84

³⁰⁸ M. FOUCAULT, « Introduction à l'Anthropologie de Kant », *op. cit.*, p. 32.

qu'être de libre activité, fait ou **peut et doit faire de lui-même** »³⁰⁹ — une dimension prescriptive s'est installée. **c)** Foucault saisit ce glissement et affirme le vrai sens du « pragmatique », enfin fixé dans *Anthropologie* : « un certain mode de liaison entre le *Können* et le *Sollen*. »³¹⁰ De là, il paraît à Foucault que le champ de l'Anthropologie se situe dans une zone repérable par le biais de la Raison pure et de la Raison pratique, entre ce que l'homme est capable de faire et ce qu'il est censé faire, avec la connaissance qu'il a acquise sur le monde et sur lui-même — à ce titre, même sans aucune trace de commerce direct entre l'Anthropologie et l'entreprise du criticisme. **d)** La connaissance anthropologique proprement dite est donc une connaissance sur tout possible usage que l'homme peut faire des connaissances, pour ainsi dire, « pures ». Usages non seulement propres ou de bon sens, mais aussi leurs dérivés ; usages spontanés ou relevant de la passivité. L'Anthropologie s'empare de l'être humain dans le « jeu » dans lequel il est engagé, de gré ou contre son gré — elle reconnaît pleinement cette ambiguïté. Ainsi on peut dire que plutôt qu'une logique, c'est un art qu'elle cherche à saisir — l'art de participer au jeu, de le vivre à la manière choisie, ou de ne pas être « joué ».³¹¹ Plus loin, Foucault insistera sur cette zone ambiguë, en soutenant que l'Anthropologie, d'une manière inversée vis-à-vis de la logique du criticisme, fonctionne comme une liaison qui comble l'infranchissable écart entre vérité et liberté. Nous y reviendrons.

II *Analyse synchronique : réflexions voisines de la discipline*

En plus de tracer la généalogie de la discipline, Foucault lance une autre recherche ayant pour cible des écrits contemporains de la rédaction finale de *Anthropologie* (vers 1797), et répertorie ainsi trois éléments qui pourraient en dire plus sur ce qui occupe l'esprit de Kant à ce moment-là.

1) Le premier est tiré du débat avec Jakob Sigismund Beck sur la question de la connaissance de soi ; ou plus précisément, de la possibilité d'avoir le **moi** comme objet,

³⁰⁹ E. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, 2019, *op. cit.*, p. 83.

³¹⁰ M. FOUCAULT, « Introduction à l'Anthropologie de Kant », *op. cit.*, p. 32.

³¹¹ *Ibid.*, p. 33.

en évitant l'écueil de la division du sujet évoqué par Fichte. La solution de Kant, au sens de Foucault, n'est donnée qu'à moitié dans *Anthropologie*, dans la mesure où celle-ci accorde un volume considérable à la sensibilité dans son opposition avec l'entendement, et prend soin de distinguer le sens interne de l'aperception — celle-ci étant la conscience de ce que fait l'homme, celui-là ce qu'il éprouve.³¹² Quant à l'autre moitié de la solution — l'idée d'un sujet uni mais doté d'une capacité d'avoir conscience à la fois du moi-déterminant et du moi-autodéterminé —, s'il faut la chercher dans le manuscrit que l'édition a laissé de côté, c'est seulement parce que — toujours d'après Foucault — elle nécessite une réflexion transcendantale qui dépasse le cadre de l'Anthropologie.³¹³ Autrement dit, Foucault suggère que toute cette série de questions est dans l'intérêt du moins implicite de la discipline, même si certaines parties ne rentrent pas dans son programme formel. Dans la même ligne de pensée, Foucault avancera plus loin que l'Anthropologie serait la pièce manquante qui accomplit le passage de la Critique à la philosophie transcendantale. Mais restons pour le moment sur ce que ce débat signifie vraiment pour cette recherche lancée par Foucault : selon ce dernier, Kant devait avoir fermement la conviction de sa solution, car toute la possibilité de l'entreprise de l'Anthropologie réside dans cet espace dans lequel « l'observation de soi n'accède ni à un sujet en soi, ni au Je pur de la synthèse, mais à un moi qui est objet, et présent seulement dans sa seule vérité phénoménale. »³¹⁴ Jusqu'ici, le champ empirique propre à l'Anthropologie s'est éclairci, voici le premier élément obtenu. Mais Foucault ne s'y arrête pas et continue son cheminement dans le sens de sa question du début, et de constater : « Mais ce moi-objet, offert au sens dans la forme du temps, n'est pourtant pas étranger au sujet déterminant, puisqu'il n'est pas autre chose en fin de compte que le sujet tel qu'il est affecté par lui-même. » Autrement dit, ce champ qui est si différent du champ de la Critique, serait-il pensable, ou pourrait-il être décrit comme il l'est, si l'on n'avait pas déjà un langage propre à celle-ci ? Une question à laquelle Foucault répondra bientôt négativement.

2) Le deuxième élément apporte une précision à l'image de l'homme dont s'occupe l'Anthropologie : le citoyen du monde. Cette image décrit à la fois la manière dont la

³¹² *Ibid.*, p. 22.

³¹³ *Ibid.*, p. 23-24.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

discipline s’empare de son objet et le type de connaissance qu’elle se veut constituer : une connaissance générale du monde partant des propriétés humaines relevant de la pratique. Foucault s’était demandé en quoi une connaissance de l’homme équivalait à la connaissance du monde. Il trouvera ici une partie de sa réponse à travers l’image de l’homme, et l’autre partie plus loin à propos de la définition du monde ; même si, en fin de compte, les deux bouts se rejoindront. Mais concentrons-nous d’abord sur la première. Il s’agit ici d’un débat sur la métaphysique du Droit avec Christian Gottfried Schütz, ce dernier reprochant à Kant la chosification de la femme dans sa définition du rapport matrimonial. Si la défense de Kant repose principalement sur la distinction entre la personne humaine et le sujet de droit, l’interprétation de Foucault se soucie moins de la cohérence théorique du Droit que de l’effectivité du domaine propre à l’Anthropologie. Que les rapports juridiques, tout en fondant les faits, ne puissent en rien épuiser le concret de l’humain, cela va sans dire. Mais le fait que, quelque chose de l’homme ne s’illustre qu’à travers une logique avec laquelle il contraste, cela en dit long sur la nature de l’homme. Sans doute que pour Kant, non seulement que l’effet juridique consistant à rendre la femme une possession du mari ne l’inquiète pas, c’est même grâce à cette règle juridique que d’autres sens internes, notamment la faculté morale, s’identifient, s’expriment, voire se rebellent contre elle — et c’est dans cet état de possibilités que se dessine le champ anthropologique³¹⁵. Pour Foucault, la question de Schütz soulève une des délicates ambiguïtés de l’espace particulier à l’Anthropologie :

Elle n’envisage pas l’homme comme appartenant à la cité morale des esprits (elle serait dite *pratique*) ni à la société civile des sujets de droit (elle serait alors *juridique*) ; elle le considère comme “citoyen du monde”, c’est-à-dire comme appartenant au domaine de l’universel concret, dans lequel le sujet de droit, déterminé par les règles juridiques et soumis à elles, est en même temps une personne humaine qui porte, en sa liberté, la loi morale universelle. Être “citoyen du monde”, c’est appartenir à cette région aussi concrète qu’un ensemble de règles juridiques précises, aussi universelles que la loi morale.³¹⁶

³¹⁵ Foucault se réfère ici à la section de l’édition Nicolovius sur le caractère du sexe (E. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, 2019, *op. cit.*, p. 237 sq.), en prenant pour l’exemple la jalousie : M. FOUCAULT, « Introduction à l’Anthropologie de Kant », *op. cit.*, p. 26-27.

³¹⁶ M. FOUCAULT, « Introduction à l’Anthropologie de Kant », *op. cit.*, p. 26.

Ni juridique, ni morale, mais le concret entre les deux et autour d'eux — c'est ainsi que l'Anthropologie est *pragmatique*. « Dire qu'une Anthropologie est pragmatique et dire qu'elle envisage l'homme comme citoyen du monde revient donc à dire la même chose. »³¹⁷ Il incombe donc à l'Anthropologie de dire ce que l'homme peut ou doit faire dans cette situation, c'est-à-dire dans cet environnement proprement humain où le droit et la morale ne se donnent jamais dans leur état pur. Et peut-être de cette zone ambiguë émergerait la prochaine règle juridique ou morale. La vérité anthropologique n'est pas à mesurer avec la netteté, mais avec les paradoxes et les compromis créés par des échanges de désirs et de volontés, par « le commerce de la liberté avec elle-même »³¹⁸. On revisite ici les idées selon lesquelles l'Anthropologie désigne son territoire entre *Können* et *Sollen*, et que, afin de se représenter, elle doit d'abord présupposer une raison pratique.

3) Le troisième élément provient de la correspondance avec Christoph Wilhelm Hufeland et la troisième partie du *Conflit des Facultés*, entre la faculté de philosophie et la faculté de médecine. Foucault signale que la discussion de Kant avec le médecin et la rédaction du texte sont contemporaines de la finalisation de l'*Anthropologie*. En plus de cela, on trouve de nombreux thèmes en commun et des passages biffés du manuscrit de l'*Anthropologie* qui apparaissent pourtant dans le texte du *Conflit* — tous ceux-ci montrent un lien direct entre ces différents écrits et que l'on est dans une zone qui appartient bien aux pensées anthropologiques, même si l'édition de 1798 ne le montre pas³¹⁹. Dans cette discussion, il était question de la possibilité de traiter un mal physique par le biais de la vertu ; question récurrente dans le mouvement de la médecine allemande de l'époque. D'après ce courant de pensée, la santé ne saurait être possible sans une saine rationalité et les soins des maladies doivent comprendre la maîtrise de l'esprit. Ces écrits de Kant représentent sa contribution à ce sujet, mais ils ont probablement contribué aussi à formuler clairement l'une des plus importantes problématiques de son Anthropologie — « comment articuler une analyse de ce qu'est l'*homo natura* sur une définition de l'homme comme sujet de liberté ? »³²⁰ —

³¹⁷ *Id.*

³¹⁸ *Ibid.*, p. 27.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 30-31.

³²⁰ *Ibid.*, p. 31.

— , et à proposer une solution : à travers les utilisations, issues de nos libres volontés, que nous faisons de nous-mêmes. **Utilisation**, et non pas observation de l'extérieur, parce que l'état du corps ne peut être entièrement analysé qu'en tenant compte de l'esprit qui le maîtrise, ou qui essaie de le faire mais va peut-être échouer ; non plus domination, parce qu'il s'agit en fin de compte de **vivre avec** les maladies et non pas les vaincre, celles-ci n'étant que des signes de la vieillesse que l'on ne vaincra jamais. Ainsi Foucault met l'accent sur la notion de *Gebrauch*, notion qui, selon lui, épingle le registre d'une telle science qu'est l'Anthropologie, et qui va désormais planer sur toutes ses interprétations qui suivent.

III Analyse conceptuelle : l'objet de la discipline

Jusqu'ici, Foucault a acquis de riches indices qui contribuent à déterminer le programme, le champ et la problématique de l'Anthropologie. Il s'agit d'une connaissance sur l'homme à propos de ses diverses manières et possibilités de s'apercevoir, vivre et agir dans le monde où il se trouve, avec sa nature, son corps, ses capacités et ses limites intellectuels, ses devoirs et ses libertés. Dans cette exploration, plusieurs éléments semblent lui montrer un certain rapport entre l'entreprise anthropologique et l'entreprise critique, au sens où il est difficile de concevoir la première comme une discipline systémique sans la poser dans une relativité qui l'oppose à la seconde. Toujours est-il qu'aucun de ces indices n'est capable d'établir un lien direct entre les deux. En même temps, on a beau avoir quelques caractères de cette discipline, on est encore très loin de pouvoir y voir une structure épistémologique. Il faut à Foucault une autre approche pour continuer son enquête.

Il revient donc au texte de 1798. Et comme un détective qui à un moment a ce sentiment d'être si proche d'un élément-clé qui pourtant semble lui échapper encore, il sort de la dispersion des découvertes obtenues jusque-là, porte une vue d'ensemble sur le projet d'Anthropologie, puis pose une question sur quelque chose qui saute de manière si évidente aux yeux : comment se fait-il qu'une discipline qui se veut constituer une connaissance de l'homme en tant que connaissance du monde et qui, dans ce cadre, reconnaît l'homme en tant que citoyen du monde, consacre pourtant la majorité de son

contenu non pas sur les moyens de créer les établissements, les droits ou la citoyenneté — bref, le cosmopolitique —, mais sur les sentiments, les faits et les expériences de l'esprit, le *Gemüt* ? C'est-à-dire — ainsi Foucault le remarque aussitôt — le même monde intérieur que divisent les trois pouvoirs sur lesquels se basent les trois critiques (pouvoir de connaître — l'entendement ; sentiment de plaisir et de déplaisir — la faculté de juger ; pouvoir de désirer — la raison)³²¹. Se pose tout de suite une deuxième question : s'il s'agit ici d'une étude du *Gemüt*, non pas sur ses conditions *a priori*, mais sur ses phénomènes empiriques, l'Anthropologie serait-elle donc une psychologie ? S'il n'en est rien, qu'est-ce qui les différencie ? Dans le cas où une distinction existe, une troisième question se fait jour : de quel type d'expérience est cet objet nommé *Gemüt* que l'Anthropologie cherche à saisir, s'il n'est pas l'état d'esprit qu'étudie la psychologie ? Quatrième question : dans la perspective d'établir une science systémique, comment penser cette empiricité qu'est l'objet de l'Anthropologie — qui par définition est conditionnée par la catégorie du temps — de façon à la théoriser en une **forme** empirique ? Et enfin : avec tout ce qui sera établi pour les questions précédentes, comment faudra-t-il comprendre la notion de monde ?

Foucault résoudra cette série de questions à travers la définition de *Gemüt*, qu'il dégagera de la définition de *Geist* donnée dans une seule et, à son goût, énigmatique phrase dans *Anthropologie* : « Le principe qui anime (vivifier, *beleben*) l'esprit (*Gemüt*) par les *idées*, c'est le *principe spirituel* (*Geist*). »³²²

Après un beau cheminement d'interprétation de la phrase, Foucault aboutit à une analyse de cet objet propre à l'Anthropologie, que nous résumons comme suit : Contrairement au point de vue de la structure tripartite présentée dans *Critique de la faculté de juger*, où la notion de *Gemüt* est prise dans sa totalité afin de nommer cet ensemble de divers pouvoirs de l'esprit, l'Anthropologie saisit ce monde intérieur à la fois par son état originaire — les sentiments vécus, le tempérament sans une logique quelconque, les sens pas forcément coordonnés et les pensées mélangées avec des

³²¹ Voir la division systémique que fait Kant dans *Critique de la faculté de juger* ; c'est de *Gemüt*, et non de *Geist*, qu'il s'agit. *Ibid.*, p. 34 ; E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, A. Renaut (trad.), Paris, Flammarion, 2015, p. 96, 135-136, 490 (note 13 du traducteur).

³²² E. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, 2019, *op. cit.*, p. 191.

réactions non réfléchies ; bref, la dispersion et la passivité de l'expérience — et par, pour ainsi dire, son potentiel greffé sur cet état originaire, ses mouvements et ses évolutions sans cesse. Évolutions, car le *Gemüt* est sujet aux provocations des idées et aux sollicitations des schèmes que celles-ci éclairent. Et sans cesse, car ce processus que mène le *Geist* à travers les idées est une **vivification**, et non pas un accomplissement — il n'y a pas de fin, ni de totalité qui attend au bout. L'esprit peut à tout moment croire avoir vu son destin à l'horizon, ceci n'empêche pas qu'un instant après, il se tisse un autre avenir. Des révélations, pour ne pas dire illusions, qui s'allument et qui s'effacent, font « entrer l'esprit dans la mobilité de l'infini, lui donnant sans cesse du mouvement pour aller plus loin »³²³ — telle est la fonction du *Geist*. Le champ de l'expérience qu'est le *Gemüt* est donc toujours en cours d'évolution ; l'Anthropologie ne le voit pas seulement comme « “ce qu'il est”, mais [aussi] “ce qu'il fait de lui-même” »³²⁴ ; non pas comme un état, mais en tant que **devenir**. Ainsi Foucault décrit la science qu'est l'Anthropologie, le type d'empiricité qu'est son objet — *Gemüt* —, et la fonction de *Geist* dans cette structure :

Il n'y a d'Anthropologie possible que dans la mesure où le *Gemüt* n'est pas fixé à la passivité de ses déterminations phénoménales, mais où il est animé par le labeur des idées au niveau du champ de l'expérience. Le *Geist* sera donc le principe, dans le *Gemüt*, d'une dialectique dé-dialectisée, non transcendantale, vouée au domaine de l'expérience et formant corps avec le jeu lui-même des phénomènes. C'est le *Geist* qui ouvre au *Gemüt* la liberté du possible, l'arrache à ses déterminations, et lui donne un avenir qu'il ne doit qu'à lui-même.³²⁵

La confusion entre l'Anthropologie et la psychologie est d'emblée dissipée. Non seulement les deux ne sont pas les mêmes, au point de vue de la première, mais aussi cette dernière devrait même être réfutée. Car une science sur l'esprit qui se base entièrement sur « ce que nature fait de l'homme »³²⁶, « ne pourrait jamais rejoindre qu'un esprit ensommeillé, inerte, mort, sans son “*belebendes Prinzip*”. Ce serait une “physiologie”, moins la vie. »³²⁷ D'après ce qu'on peut lire dans *Anthropologie*, Kant exprime clairement qu'une telle psychologie purement empirique n'a que peu d'intérêt,

³²³ M. FOUCAULT, « Introduction à l'Anthropologie de Kant », *op. cit.*, p. 39.

³²⁴ *Id.*

³²⁵ *Id.*

³²⁶ E. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, 2019, *op. cit.*, p. 83.

³²⁷ M. FOUCAULT, « Introduction à l'Anthropologie de Kant », *op. cit.*, p. 39.

car ignorante du principe anthropologique, elle ne saurait indiquer les possibles usages de cette connaissance : « on est seulement le spectateur [des] représentations [du cerveau] ; on doit laisser faire la nature puisque [...] on n'est pas capable [d'utiliser les nerfs et les fibres du cerveau] pour le but qu'on se propose : toute spéculation théorique sur ce sujet sera donc en pure perte. »³²⁸ Mais Foucault semble aller plus loin, en soutenant qu'une connaissance sur l'esprit qui ne tient pas compte de la dimension de son usage est défectueuse ; « elle est récusée comme contenu de connaissance : l'étude de la mémoire comme simple fait naturel est non seulement inutile, mais impossible. »³²⁹ Pour le dire autrement, une psychologie digne de ce nom relève nécessairement de l'Anthropologie ; ou alors « il n'y a d'Anthropologie véritable que pragmatique »³³⁰ — l'idée est la même, seul le choix des mots change.

Section 4 Découverte : analogies entre la philosophie critique et les réflexions anthropologiques

I Un modèle épistémologique inversé

La question sur le rapport entre les trois Critiques et l'Anthropologie reste délicate, mais en s'appuyant toujours sur les définitions de *Gemüt* et de *Geist*, Foucault propose une thèse éloquente, que nous allons ici expliquer en deux étapes. **1)** Nous avons exposé plus haut les différentes manières dont les deux entreprises s'emparent de leurs objets respectifs, qui relèvent pourtant du même monde intérieur, le *Gemüt*. Or, ces deux manières différentes, ou ces deux objets saisis respectivement, ne se déduisent pas l'un de l'autre, et ne s'appartiennent pas. Tandis que dans les Critiques, le *Gemüt* est pensé comme un concept dont la portée est nettement divisée en trois parties, dans l'Anthropologie il est question d'un champ empirique dont les possibilités s'élèvent à l'infini. En même temps, on a vu comment ce champ empirique peut être conceptualisé en présupposant des *a priori* conditionnels dont il se distingue. L'entreprise critique ne

³²⁸ E. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, 2019, *op. cit.*, p. 83.

³²⁹ M. FOUCAULT, « Introduction à l'Anthropologie de Kant », *op. cit.*, p. 39.

³³⁰ *Ibid.*, p. 40.

précède ni n'épuise l'Anthropologie, mais celle-ci ne revêt un caractère systémique qu'en réfléchissant celle-là — on obtient là une image d'un rapport ambivalent : plus l'Anthropologie veut être une science autonome, plus elle doit s'appuyer sur les Critiques. Un rapport dont le but serait un non-rapport. Quoi qu'il en soit, ce que l'on peut dire au moins, c'est que l'Anthropologie doit être considérée indépendamment et à l'égal de la philosophie critique.

2) De l'autre côté, Foucault repère une analogie structurelle entre les deux entreprises. De même que, dans l'Anthropologie, le *Gemüt* est sans cesse animé pour aller plus loin, de même « la raison est poussée par un penchant de sa nature à sortir de l'expérience, pour s'élancer, dans un usage pur et à l'aide de simples idées, jusqu'aux extrêmes limites de toute connaissance... »³³¹ — Kant décrit ainsi cette énigmatique nature de la raison pure en parlant de son but final. Ici, Foucault laisse de côté le risque que peut induire cette notion à l'apparence naturaliste — c'est-à-dire « renvoyer la Critique, parvenue à son sommet, vers une région empirique »³³² — pour se focaliser uniquement sur cette image de mouvement incessant, qui fait miroiter la nature de la raison à la nature du *Gemüt*, seulement au sens inversé : l'une vers l'usage pur, l'autre vers la perspective pragmatique. « L'une et l'autre sont toujours prêtes à se perdre, à s'échapper à elles-mêmes, mais en demeurant, dans leur mouvement propre, “le tribunal suprême de tous les droits et de toutes les prétentions”³³³. »³³⁴ Ainsi Foucault trouve enfin l'élément-clé qui délivrera une solution à sa question première, à savoir le probable rapport entre la Critique et l'Anthropologie :

Si cette analogie est fondée, on peut se demander si le *Geist*, qui se dessine aux confins de la réflexion anthropologique, n'est pas un élément secrètement indispensable à la structure de la pensée kantienne [...]. Le *Geist* ce serait ce fait originaire qui, dans sa version transcendantale, implique que l'infini n'est jamais là, mais toujours dans un essentiel retraits – et, dans sa version empirique, que l'infini anime pourtant le mouvement vers la vérité et l'inépuisable succession de ses formes. Le *Geist* est à la racine de la possibilité du savoir. [...] il est ce retrait, cette invisible et « visible réserve » dans l'inaccessible distance de laquelle le

³³¹ E. KANT, *Critique de la raison pure*, op. cit., p. 539.

³³² M. FOUCAULT, « Introduction à l'Anthropologie de Kant », op. cit., p. 40.

³³³ E. KANT, *Critique de la raison pure*, op. cit., p. 467.

³³⁴ M. FOUCAULT, « Introduction à l'Anthropologie de Kant », op. cit., p. 40

connaître prend place et positivité. Son être est de n'être pas là, dessinant, en ceci même, le lieu de la vérité.³³⁵

Le rapport serait donc non pas un contact quelconque, mais une analogie centrée sur une structure invisible nommée *Geist*. Mais ce n'est pas cet élément-là qui nous intéresse. Notre point de mire est ce que cette analogie de leurs objets respectifs permettrait de penser : étant donné que la forme de l'objet est déterminée par la structure épistémologique, une analogie devrait aussi être constatée entre les structures épistémologiques des deux entreprises ; cela veut-il dire que l'épistémologie de l'Anthropologie serait elle aussi, à l'instar des mouvements opposés entre le *Gemüt* et la raison, l'inverse de celle de la Critique ? C'est ce que Foucault va démontrer par une comparaison des deux notions épistémologiques « communes » à ces deux domaines respectivement *a priori* et empirique — le **Je** et le **donné**. Sous les mêmes appellations, les fonctions qu'elles assurent semblent aux premières vues comparables, mais se jouent en réalité dans deux dimensions complètement différentes.

D'abord, la subjectivité que représente le Je. Dans la Critique, le Je en tant qu'initiateur des activités intellectuelles, est la forme de la synthèse. C'est le lieu où est logée la condition de possibilité du sens quel qu'il soit. Mais dans l'Anthropologie, là où seule l'empirie constitue le domaine de la connaissance, le fait que le Je ne s'entend qu'empiriquement, fait qu'il est une expérience particulière. Il n'est pas la fonction synthétique, car quand il apparaît, il est d'emblée vécu comme déjà existant, et toute activité synthétique qu'il exerce se représente aussitôt comme s'inscrivant dans l'expérience. Mais il ne peut pas non plus être le simple statut de l'objet, car c'est ce Je qui, lui, cherche à connaître. Il reste donc toujours l'initiateur de la connaissance, et la mission de l'Anthropologie consiste justement à lui en donner la clé. On a donc une figure qui cumule ces deux positions contradictoires, ce qui, par leur croisement, ouvre un autre horizon épistémologique :

Cette incidence du Je parlé marque le passage du sentiment à la pensée — du *Fühlen* au *Denken* — sans être ni l'agent réel ni la simple prise de conscience de ce passage, il est **la forme empirique et manifeste**, dans laquelle l'activité synthétique du Je apparaît comme figure déjà synthétisée, comme structure

³³⁵ *Ibid.*, p. 40-41.

indissociablement première et seconde : elle n'est pas donnée d'entrée de jeu à l'homme, dans une sorte d'*a priori* d'existence ; mais quand elle apparaît, s'insérant dans **la multiplicité d'une chronique sensible**, elle s'offre comme déjà là, comme le fond irréductible d'une pensée qui ne peut opérer que cette figure de l'expérience une fois constituée : c'est dans ce Je que le sujet fera la reconnaissance de son passé et la synthèse de son identité. En d'autres termes, ce qui est *a priori de la connaissance* du point de vue de la *Critique* ne se transpose pas immédiatement dans la réflexion anthropologique en *a priori de l'existence*, mais apparaît dans **l'épaisseur d'un devenir** où sa soudaine émergence prend infailliblement dans la rétrospection le sens du déjà-là.³³⁶

Par ce fait même, le sujet ne rencontre jamais dans l'empirie le donné dans son irréductible état brut, tel qu'il l'est dans la *Critique*. Ce qui est censé être le plus originaire, les faits les plus dispersés et l'état le plus primitif, ne le sont jamais pour de vrai, car l'indéniable déjà-là de la synthèse signifie que le donné n'apparaît que déjà synthétisé, que la dispersion originaire a déjà été réduite et que la pure passivité des choses est déjà du passé. Cela se passe si obligatoirement que, dans la majorité des cas, c'est même à l'insu du sujet lui-même : devant le donné, il est souvent joué par ses propres représentations dont il ne croit pas être lui-même l'auteur. Cet état d'innocence, pour ainsi dire, est maintes fois reconnu dans *Anthropologie* : « En l'homme, le champ des représentations *obscures* est le plus étendu. [...] Nous jouons souvent avec les représentations obscures et nous avons intérêt à effacer de notre imagination des objets que nous aimons ou que nous n'aimons pas ; mais plus souvent encore, nous sommes le jouet de représentations obscures, et notre entendement ne parvient pas à se protéger des absurdités dans lesquelles leur influence le fait tomber, quand bien même il les reconnaît comme illusions. »³³⁷ « Nous jouons souvent et volontiers avec l'imagination ; mais l'imagination (en tant que fantasmagorie) joue souvent avec nous et parfois bien à contretemps. »³³⁸ Mais il est aussi des usages et des techniques que l'homme apprend à se proposer et qui tiennent compte des biais que la sensibilité nous impose, par exemple l'éducation des sens (de l'ouïe, de l'odorat,...)³³⁹ ou la manipulation de l'attention³⁴⁰. L'Anthropologie a ainsi pour un des objectifs de détromper l'homme de la passivité originaire des phénomènes qui n'est jamais là.

³³⁶ *Ibid.*, p. 41-42 ; c'est nous qui mettons en gras.

³³⁷ E. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, 2019, *op. cit.*, p. 97.

³³⁸ *Ibid.*, p. 129.

³³⁹ *Ibid.*, p. 117.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 119.

Voici devant nous une image du rapport « critique – anthropologique » à propos de leurs modèles épistémologiques qui s'éclairent dans deux dimensions différentes : comme l'axe x et l'axe y qui ne se croisent qu'à un point. L'une explore les limites formelles des pensées, l'autre parcourt les diverses expériences qui s'ensuivent dans le temps ; ces deux mouvements ne se croisent jamais sauf — peut-être — à la source de leurs forces nommée *Geist*.

II *Structure de la discipline : une reproduction en miroir*

En s'appuyant sur ce rapport entre deux modèles épistémologiques, Foucault continue son analyse et s'attaque à la structure de l'Anthropologie en tant que discipline, à savoir l'organisation des différentes parties qui selon Kant sont nécessaires pour accomplir le savoir. Sur deux aspects importants, Foucault découvre encore des analogies entre les deux entreprises. Le premier est le fait évident que *Anthropologie* a pour thèmes les mêmes facultés (*Vermögen*) que traite la Critique. Sauf qu'à la différence de cette dernière, il n'est pas question de leurs conditions bien fondées, c'est en revanche le mécanisme de leurs défaillances qui occupe la plus grande partie du texte. « Dans la recherche anthropologique, chaque faculté est suivie selon une voie qui est aussi le chemin de toute déviation possible. »³⁴¹ La conscience de soi analysée à travers diverses formes de l'égoïsme ; la sensibilité, pensée à partir de ses risques et de ses effets trompeurs ; les maladies de l'esprit en tant qu'état qui serait le contraire de la raison,... etc. « À la *Critique*, représentant l'investigation de ce qu'il y a de conditionnant dans l'activité fondatrice, l'*Anthropologie* répond par l'inventaire de ce qu'il peut y avoir de non-fondé dans le conditionné. Dans la région anthropologique, il n'y a pas de synthèse qui ne soit menacée. [...] L'expérience possible définit tout aussi bien, dans son cercle limité, le champ de la vérité et le champ de la perte de la vérité. »³⁴²

³⁴¹ M. FOUCAULT, « Introduction à l'Anthropologie de Kant », *op. cit.*, p. 43.

³⁴² *Id.*

Le deuxième aspect est plus subtil mais assez intrigant. Foucault remarque que tous les textes de Kant consacrés à l'Anthropologie avaient pour plan deux grandes sections — l'une *Elementarlehre*, l'autre *Methodenlehre* — lesquelles entrent en résonance avec l'organisation de la Critique — une doctrine des éléments et une doctrine de la méthode. Un arrangement apparemment logique vu que l'Anthropologie traite du même monde intérieur, le *Gemüt*. Mais alors une exception saute aux yeux : *Anthropologie*, le dernier et officiel texte de la discipline, donne comme titres et sous-titres aux mêmes sections contenant les mêmes contenus « **Didactique anthropologique** : de la manière de connaître l'homme intérieur aussi bien qu'extérieur » et « **La caractéristique anthropologique** : de la manière de connaître l'homme intérieur à partir de l'homme extérieur ». D'après Foucault, ce revirement relève moins d'un refoulement du modèle critique que d'une récapitulation, sans doute à la suite d'une totale et finale prise de conscience de la véritable utilité et du véritable point de vue de la discipline d'Anthropologie. En effet, combien serait-elle différente en fin de compte de la psychologie, si tout ce qu'elle faisait ne revenait qu'à un inventaire des pouvoirs intérieurs et leurs variantes et dérivations, sans aller plus loin jusqu'à interroger comment ces pouvoirs se traduisent et forment le monde où se loge l'homme ? L'Anthropologie est pleinement consciente qu'on n'acquiert jamais de vraies connaissances sur l'homme sans savoir comment il peut utiliser ses pouvoirs intérieurs et, inversement, ce que ceux-ci font de lui. « L'homme ne dispose pas de ses possibilités sans être engagé, en même temps dans leurs manifestations. »³⁴³ De l'intérieur à l'extérieur, du Pouvoir à son Phénomène, de la source de force à son signe manifeste — telle est la formule standard de toute discussion dans *Anthropologie*. « Du *Vermögen* à l'*Erscheinung*, le rapport est à la fois de l'ordre de la manifestation, de l'aventure jusqu'à la perte, et de la liaison éthique. Là réside précisément cette articulation du *Können* et du *Sollen* dont nous avons vu qu'elle est essentielle à la pensée anthropologique. L'art de connaître l'intérieur aussi bien que l'extérieur de l'homme, est donc, de plein droit, non une théorie des éléments, mais une *Didactique* : **elle ne découvre pas sans enseigner et prescrire.** »³⁴⁴ Quant à la deuxième section, la *Caractéristique*, celle-ci suit le cours inverse qui remonte des signes — les sexes,

³⁴³ *Ibid.*, p. 44.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 45 ; c'est nous qui mettons en gras.

les peuples, les races, l'espèce — jusqu'à leur source : « connaître l'intérieur à partir de l'extérieur ».

Ainsi, tous les éléments sont rassemblés : le *Gemüt* et le *Geist* ; les mouvements pareillement infinis mais inversés ; le croisement des rôles entre le sujet scientifique et l'objet scientifique ; la répétition en négatif de l'Anthropologie vis-à-vis de la Critique ; une science qui n'est pas simplement une discipline des éléments, ni une application des éléments, mais dont les connaissances sont **en soi** didactiques. Foucault saisit enfin le dessin du rapport en question :

Reproduction en miroir. Tant sont proches et lointaines à la fois la région où se définit l'*a priori* de la connaissance, et celle où se précisent les *a priori* de l'existence. Ce qui s'énonce dans l'ordre des **conditions** apparaît, dans la forme de l'**originaire**, comme **même et autre**.³⁴⁵

III Le devenir : ses dimensions de l'histoire et de la liberté

Toutefois, pour Foucault, l'histoire ne semble pas toucher à sa fin. Quel est le but de cette analogie ? Y a-t-il vraiment un but réfléchi ? Pourquoi cette philosophie de l'homme devrait-elle revisiter les mêmes thèmes qui forment les Critiques, tout en gardant la lisière de son domaine empirique intact vis-à-vis de la réflexion critique ? Comment les questions critiques sont-elles reprises par des interrogations anthropologiques, de manière à établir une toute autre logique, indépendante mais résonnante, comme l'**autre** du **même** ? Cette analogie permettrait-elle à l'Anthropologie de répondre à la question : « Qu'est-ce que l'homme ? » ? Et, partant de là, arrivera-t-on à répondre à une autre question : « Qu'est-ce que le monde ? » ?

Le travail de Foucault n'est donc pas encore fini. Le continuer l'emmènera finalement à des textes post-anthropologiques de Kant, en supposant qu'après des lectures croisées des écrits précédents et contemporains de l'édition de Nicolovius, une dernière analyse rétrospective comblerait le tableau de l'Anthropologie et éclairerait sa mission dans le

³⁴⁵ *Id.*; c'est nous qui mettons en gras.

système entier de la pensée kantienne. Ainsi il notera que dans les écrits de l'*Opus postnumum* datant 1800-1801, toute réflexion sur l'homme revient à la question du développement de la conscience de soi, et « est renvoyée circulairement à une réflexion sur le monde. »³⁴⁶ Il couplera cette série de discussion avec le texte de *Logique*, où les questions concernant les sources, l'étendu et les limites du savoir, se réfèrent aussitôt à la quatrième question — « Qu'est-ce que l'homme ? » — et découvrira que cette même structure tripartite vaut autant pour l'homme que pour la notion de monde, ce dernier étant aussi source, étendue, et limite des possibilités du premier. Il arrivera finalement à la conclusion que l'interrogation anthropologique est ce même passage par lequel la pensée critique atteint son sommet et se transforme en une philosophie transcendantale :

La question : *Qu'est-ce que l'homme ?* a pour sens et fonction de porter les divisions de la Critique au niveau d'une cohésion fondamentale : celle d'une structure qui s'offre, en ce qu'elle a de plus radical que toute « faculté » possible, à la parole enfin libérée d'une philosophie transcendantale.³⁴⁷

Voilà l'esquisse du reste du cheminement que prendra Foucault mais dont nous ne présenterons pas plus, car là s'arrête notre détour foucauldien. D'un côté parce que, dans le cadre qui nous occupe, nous ne saurions prétendre aller jusqu'au bout de ces grandes questions — sur l'homme, sur le monde, sur la philosophie kantienne voire sur la scène philosophique depuis Kant —, et de l'autre parce que nous avons déjà obtenu ce que nous cherchions : **le modèle scientifique par excellence et typique du monde allemand du XIX^e siècle pour les études sur des phénomènes empiriques liés de quelque manière que ce soit à la question de l'homme.** Nous avons dit « à la question de l'homme », et non pas simplement « à l'homme », pour distinguer du point de vue purement naturaliste un savoir qui n'en est véritablement un que si ses possibles **usages** s'élevant à l'infini peuvent être tirées de son système même, usages dont l'agent et l'objet résident tous les deux chez l'homme étudié — « la question de l'homme » revient à la même chose que « toute question d'ordre pragmatique ». Nous avons dit « par excellence », car ce modèle que Foucault « découvre » de la pensée de Kant est

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 49

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 54.

sans doute le mieux représenté à travers le système kantien, mais il peut en exister des variations, qui ne se manifestent pas forcément en langage kantien, qui ne relèvent pas forcément de l'influence directe des pensées anthropologiques kantienne, ou qui ont « naturellement » adopté une vision épistémologique similaire maintenant que les nécessités et les possibilités de ce modèle se précisent dans un contexte caractérisé par l'effondrement de la Vérité et par la révolution copernicienne de la Critique — telle est la thèse principale de Foucault. C'est dans une telle épistémè que, d'après son approche archéologique, la langue, la vie et le travail de l'homme apparaissent pour la première fois dans la visée de la science, sous ce modèle qui saisit l'homme par les logiques et les mécanismes que celui-ci, inconsciemment dans la plupart des cas, s'impose à lui-même. Et nous avons tendance à penser qu'une science du droit qui ne se base plus sur le Droit naturel ni ne cherche à élaborer le Droit rationnel, mais qui prétend tirer un système scientifique d'un régime juridique réel, pourrait elle aussi s'inspirer de cette vision anthropologique et considérer le droit sous une pareille forme empirique, laquelle se manifeste comme un phénomène humain non arbitraire et contient ses propres principes et logiques dans son existence même.

Deux caractéristiques cardinales que nous avons déjà vues plus haut, et que nous allons sans cesse revoir dans nos discussions suivantes sur l'École historique du droit, marquent cette forme empirique. La première relève de l'élément incontournable de l'empirique : le temps. La deuxième est précisément le point de vue de toute science anthropologique au sens kantien du terme : le pragmatique. Les deux ne peuvent pas s'expliquer l'une sans l'autre, mais commençons d'abord par la première. Il faut souligner que ce n'est évidemment pas la notion du temps en tant que telle qui constitue cette caractéristique, car strictement parlant, aucune représentation ne peut tenir sans l'avoir déjà présupposée. La question réside dans son rapport aux choses ; ou plus précisément, la question est qu'il y a différentes notions du temps. On sait que dans la Critique, le temps est la forme du sens interne, il est l'une des conditions fondamentales de toute perception. Pour la réflexion critique, peu importe de quel schéma temporel il est question (permanent ou successif), cette forme qu'est le temps est commune à tout objet de la raison. Ce temps est donc le temps des concepts, la forme qui fait que les idées peuvent se représenter comme cohérentes et finies. Il n'y a pas de raison que cela

en aille autrement pour le concept de champ empirique, de sa dimension temporelle, de sa chronologie et de sa dispersion : tous ceux-ci ne peuvent pas être perçus comme tels sans qu'il y ait d'abord une telle notion de temps. Mais dans l'Anthropologie — c'est-à-dire une science au point de vue pragmatique, dont toute vérité qui a la moindre utilité s'inscrit entièrement dans l'expérience —, le temps n'est pas la forme du sens interne, au contraire, il est justement cette chose même que la synthèse n'arrive jamais à précéder, c'est-à-dire la dispersion, la vicissitude, les possibilités qui se succèdent. Comme la subjectivité ne surgit jamais sans avoir aussitôt conscience qu'elle a paradoxalement pour sa propre condition un donné (le Je déjà constitué), chaque confrontation qu'a le sujet avec son objet s'inscrit dans « la multiplicité d'une chronique sensible » et jamais au-delà. À cela s'ajoute la deuxième caractéristique de cette empiricité : le pragmatique, dont la question est de savoir ce que le sujet peut et doit faire de lui-même (et de tout ce qui est lié à la condition humaine) — ce qui revient à dire qu'une part de la vérité est confiée à l'exercice de la liberté. Résultat : la vérité d'une telle empiricité n'est jamais complètement donnée — car le donné pur est introuvable dans l'expérience, et ici il n'est pas non plus question de vérité théorique —, et elle est à jamais renouvelée — car l'intervention nécessaire de la liberté la conduit vers les possibilités infinies. Une telle dimension particulière du temps est donc la meilleure expression qui distingue cette forme empirique de l'empirisme. « Le temps n'est pas ce en quoi, et à travers quoi, et par quoi se fait la synthèse ; il est ce qui ronge l'activité synthétique elle-même. [...] c'est que la possibilité de l'erreur est liée au devoir, et à la liberté, de l'éviter. Ce qui affecte l'activité synthétique, l'ouvre à la liberté ; ce qui la limite, la place, par le fait même, dans un champ indéfini. »³⁴⁸

Enfin, un dernier élément vient boucler ces deux caractéristiques et accomplir cette forme empirique en la transformant en une forme proprement scientifique : la systématisation. Puisque la vérité est libérée de la détermination, elle est ainsi vouée à l'infini et cette incertitude pèse sur la science qui risque par là-même de perdre sa raison d'être. Il ne reste que deux options pour la science : soit elle abandonne son ambition d'être une science empirique sur l'homme pour céder la place à une science

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 56.

empiriste, soit elle suspend la question de la vérité pour s'intéresser au mécanisme à partir duquel sont issues « des vérités ». Il est clair que la forme empirique en question ne peut subsister que dans la deuxième option. Il s'agit là de saisir un ordre parmi des changements et des possibilités, d'en tirer les règles de ce mécanisme temporel, et enfin d'apprendre à les maîtriser. Il s'agit de comprendre la fonction du temps et de ne plus le voir comme un facteur phénoménal parmi d'autres qu'il suffit de démêler ; il faut en revanche le considérer comme signe et clé de la scientificité. Ainsi, la notion du temps se systématisait à partir du moment où elle se détache de la chronologie et se dote une logique. Ce mécanisme sera, peut-être, plus digne de son nom s'il n'est pas appelé le temps, mais « l'histoire » — notion polysémique, certes, mais si elle fait l'objet de tant de débats quant à son essence au XIX^e siècle, c'est justement parce qu'elle est capable non seulement de désigner le temporel, mais aussi de contenir en elle des significations lourdes de sens et d'enseignements.

Nous avons donc devant nous une scientificité qui est bâtie sur deux formules reliant chacune deux éléments qui sont visiblement contradictoires : la dimension de l'histoire comme principe organisateur, et la vérité couplée avec la liberté. Cette forme empirique, en tant que technique de pensée particulière pour s'emparer de l'empiricité, nous la nommons désormais **le devenir**.

Titre 2 LE DEVENIR DU DROIT — L'INTENSE ET DIFFICILE CONJUGAISON DE LA RAISON ET DE L'EMPIRIE

Chapitre 1 Siècle de la science du droit — un aperçu du contexte de la problématique principale

I Le tournant

L'ère de la Raison marque le sommet de ce dont la rationalité humaine est capable. Cependant, d'un certain point de vue réaliste, malgré tous les progrès moraux qu'elle permet à l'humanité d'envisager, c'est justement à son apogée que la Raison cesserait d'être raisonnable en s'éloignant de la réalité. L'Allemagne conclut son XVIII^e siècle par une admiration, devenue ensuite un traumatisme, en assistant aux événements qui ont suivi la Révolution française. Si les idées libérales, formulées à partir des pensées des Lumières et revendiquées surtout par la strate bourgeoise émergente, ne cessaient d'attirer des partisans, elles étaient aussi source d'angoisse pour une société qui voulait à tout prix éviter les mêmes bouleversements qui secouaient la France. N'ayant pas eu à subir le même sort, l'Allemagne entama cependant un siècle d'instabilité où elle eut à faire face à ses propres défis : la mainmise de l'Empire français, la dissolution du Saint-Empire romain, le mouvement constitutionnel, les révolutions échouées de 1848, et l'établissement des Confédérations qui fit naître de nouveaux agendas politiques, avant que le *Reich* ne réalise enfin le premier État-nation allemand. Autant de nouvelles situations concrètes qui sollicitaient des réflexions non moins capitales, mais de tout autre ordre que celui de la Raison, longtemps considéré comme le seul capable de livrer la vérité morale — cette vision perdurait autant qu'elle était mise en doute. En plus d'être fractionnée pendant une bonne partie du XIX^e siècle, toute la zone allemande était parcourue des tensions idéologiques : de la Révolution à la Réaction, du rationalisme de l'*Aufklärung* au romantisme politique, de l'absolutisme au

républicanisme, en passant par les libéralismes de toutes les nuances, etc., différentes considérations se multiplièrent. Mais dans la mesure où les priorités étaient à la fois de comprendre et d'influencer le cours des choses voire de participer à la construction de nouvelles situations, en évitant des déchirements dans une nation déjà politiquement éclatée, les idéaux moraux ou politiques, même s'ils étaient supposés scientifiquement véridiques ou issus de la raison, devaient arrondir leurs angles devant le besoin de stabilisation, de réconciliation avec le *statu quo* ou, tout au moins, de penser pragmatiquement. Les pensées spéculatives ne devaient pas imposer aux faits ce que leur évolution propre n'arrivait pas à intégrer. Elles ne le pouvaient pas, d'ailleurs, car les idées sont des moteurs de changements seulement quand les conditions matérielles nécessaires s'y prêtent.³⁴⁹

Des changements sociaux, culturels, politiques et d'institutions multipliaient les matières à penser pour les sciences humaines empiriques, qui allaient connaître un grand essor au cours du siècle. Mais pour des sciences à usage normatif — la science juridique ainsi que d'autres descendantes de la tradition du Droit Naturel, les sciences politiques —, si la quantité de littérature scientifique n'a laissé aucun doute quant à leur épanouissement, le cheminement épistémologique était moins évident. La notion de vérité scientifique devait être repensée afin de rendre compte de la dure réalité si, paradoxalement, on souhaitait changer, du moins contrôler, cette réalité. C'était un grand moment pour ces sciences de s'interroger sur leur rôle et leur vocation dans cette époque de tension permanente entre l'idéal et le réel, entre le politique et le scientifique, et d'une certaine manière on peut dire qu'elles prospéraient à travers ces interrogations. L'ancienne dichotomie de la pensée classique entre *cognitio historica* et *cognitio rationalis*, entre la connaissance des faits (l'histoire) et la raison des choses

³⁴⁹ Prenons pour exemple l'autonomie du droit public qui s'est affirmée au cours du XIX^e siècle. On pourrait penser qu'il s'agit d'un résultat du processus de la spécialisation des différentes branches de connaissances juridiques, signe de modernisation et de progrès de la longue évolution de la science du droit. Mais toute division n'était faite que dans un but pédagogique tant que l'être du droit avec toutes ses branches était toujours perçu comme une unité. En réalité, la structure bipartite du droit privé et du droit public, indépendants l'un de l'autre, s'est progressivement imposée seulement au moment où l'antagonisme entre l'État et la société, entre le pouvoir souverain et l'ordre civil se précisait. Voir M. STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, M.-A. Maillet et M. A. Roy (trad.), Paris, Dalloz, 2014, p. 31 *et seq.*. Un autre exemple est la querelle de la codification qui a tant divisé les juristes allemands durant les premières décennies du siècle, et dont la fin de l'histoire ne peut être attribuée à la victoire d'aucun camp : « Le Savigny de 1814, qui avait prôné une évolution sans heurt de la science du droit et considéré que la transcription éventuelle de ses résultats dans une codification ne serait possible qu'à long terme, s'était imposé dans les faits, même si ce n'était pas en vertu de sa propre autorité, mais bien parce que l'État national vecteur de la législation n'avait pas vu le jour plus tôt. » *Ibid.*, p. 446.

(la philosophie), devenait peu à peu le ton principal des problématiques qu'elles se posaient ; cette division étant un principe fondamental de l'épistémologie, il fallait soit la suivre, soit la vaincre, tout sauf l'ignorer. De là, on n'était pas loin d'une science qui rendait objective sa propre schizophrénie et questionnait son objet en termes d'Être et de Devoir-être. Mais tant que l'énergie scientifique ne s'arrêtait pas à cette seule question et continuait à se déployer sur des questions concrètes, ce moment « positiviste »³⁵⁰ devait encore s'attarder.

II *Entrée sur scène de la problématique*

La scène de la science du droit de l'Allemagne au XIX^e siècle est marquée par la riche variété des écoles méthodologiques attestant des tensions à tous les niveaux : historicisme, organicisme, idéalisme, conceptualisme, positivisme, réalisme, ... pour ne nommer que des courants inédits. Trouver des points communs entre eux n'est pas chose évidente. Mais s'il y en a un qui saute aux yeux, il n'est pas à chercher dans des principes ou des concepts qu'ils auraient partagés, mais dans la problématique qu'ils confrontaient tous : comment théoriser, ou penser scientifiquement ou philosophiquement — la différence des termes importe peu ici — cet objet réel qu'est le droit, objet qui n'est pas une simple supposition théorique, mais qui s'impose en tant que fait qui précède ou dépasse l'entreprise scientifique ? Nous avons bien dit « la problématique », et non pas « la position » de penser le droit comme un objet posé ou donné, car même pour ceux qui auraient réfuté cette conception du droit — que ce soit de par la position jurnaturaliste, du droit rationnel, ou d'autres positions anti-positivistes —, il fallait la réfuter justement parce que ce problème, une fois soulevé, ne pouvait plus être contourné. Il ne s'agissait pas de limiter le concept de droit au droit positif. Il s'agissait de savoir, par exemple, à quel type d'objet on avait affaire, s'il était question du droit positif ; et s'il était question de soutenir une certaine rationalité pour le droit, quel serait son rapport avec la réalité juridique ou avec le droit positif que l'on constatait. La question de « droit en tant qu'objet » décrit une thématique qui ne prétend pas épuiser le concept de droit ; ce à quoi elle s'oppose n'est pas un certain

³⁵⁰ *Infra* Section 4.

concept du droit, mais la question de « droit en tant que raison ». ³⁵¹ Dans l'Allemagne du XIX^e siècle, la science du droit n'avait pas besoin de revendiquer un niveau minimum d'empirisme ou de positivisme pour avoir trait à ce problème du droit en tant qu'objet, car il était justement ce à quoi toutes les théories de droit nouvellement développées faisaient face obligatoirement. ³⁵²

Les contextes historiques qui contribuent à l'émergence et à la persistance de cette problématique sont nombreux et bien connus. Premièrement, quand l'unification de la nation allemande paraissait encore une perspective lointaine, le besoin réel d'un cadre

³⁵¹ Ces deux thématiques qui s'opposent ne renvoient pas à l'antagonisme — qui n'existait pas encore à l'époque — entre positivisme et jusnaturalisme, mais à la division des disciplines, avec l'histoire du droit d'un côté et la philosophie du droit de l'autre, concomitant au nouveau développement de la science juridique au sens traditionnel du terme, c'est-à-dire la science traditionnellement liée au métier de juristes, lequel développement contribue à la spécialisation des deux en même temps qu'il s'en nourrit. Voir la note suivante.

³⁵² Ce problème du « droit en tant qu'objet » pourrait tout de même se faire sentir là où la conception du droit n'est pas le sujet principal, car il a une influence directe sur la manière dont on conceptualise des disciplines juridiques. Stolleis retrace des glissements terminologiques et de nouvelles divisions dans les disciplines du droit public au cours du XIX^e siècle, entre l'*Aufklärung* et le *Vormärz* ; ces changements peuvent justement être révélateurs de cette problématique. Les « droit public naturel », « droit public selon la raison » ou tout simplement « droit public général » qui dénommaient la discipline descendante de l'ancien *jus publicum* et qui s'est développée au cours du XVIII^e siècle en tant que branche spécifique du droit naturel, ont disparu de la scène scientifique pendant la première moitié du XIX^e siècle. La discipline a alors connu une division et les nouvelles dénominations assuraient la distinction : il y avait désormais le « droit public allemand commun » dont le nom indique qu'il s'agissait du droit en vigueur, et la « théorie générale de l'État » dont le terme de « droit » avait même été retranché de son nom. L'une des raisons de ce développement est bien évidemment liée au sort du droit naturel à l'époque : la dénomination est tombée dans l'oubli à partir des années 1830, et la discipline qui y avait été associée était désormais dénommée « la philosophie du droit ». Stolleis propose une hypothèse pour expliquer le phénomène : le droit naturel était associé à l'*Aufklärung* et à la Révolution, auxquels s'opposaient les voix dominantes des idées politiques de l'époque. (M. STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, op. cit., p. 138-140) Mais parallèlement à la raison politique, on pourrait aussi y voir un déclin sur le plan épistémologique, lié à l'autre problème terminologique de l'époque que Stolleis mentionne également : comme le mot « droit » faisait penser au « droit positif », on était toujours obligé de rajouter « philosophique » ou « idéal » derrière l'ancien « droit public général » pour indiquer la même chose (*Ibid.*, p. 140). Sans peut-être très bien résumé la situation épistémologique en disant en 1824 que « l'influence de la philosophie critique sur la science juridique a été telle que le Droit positif s'est complètement dissocié du Droit naturel. » (Préface de son *Histoire universelle du Droit successoral*, cité dans A. DUFOUR, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *Archives de philosophie du droit*, vol. 29, 1984, p. 212.) Nous pensons que ce n'est sans doute pas parce que les juristes de l'époque prenaient consciemment position en faveur de la conception positiviste du droit, au sens où le droit ne **doit** pas contenir des considérations non-juridiques ; c'est plus probablement parce que le mot « droit » n'arrivait plus à transmettre toutes les idées qui s'étaient jadis trouvées sous la même bannière ; ou alors parce qu'au moins une partie de son contenu était désormais susceptible d'être disputée — partie concernant la qualification de sa rationalité, qui n'allait plus de soi. « Le droit naturel » dénomme sans difficulté la conception du droit et la discipline tant que le mot « droit » indique à la fois et la chose et sa raison, et que la qualification de cette dernière ne fait aucun doute ; d'ailleurs, la doctrine ne fonctionnait probablement que parce qu'on était capable de concevoir une idée de droit qui était ces deux choses en même temps. (Ce qui n'empêchait pas de penser distinctivement la réalité et l'idéal du droit, comme nous l'avons argumenté dans la Première Partie, même si des réflexions de ce genre devaient se formuler autrement.) Lorsque ce modèle tombe, le mot « droit » ne peut plus décrire aussi aisément une discipline que l'objet ou le concept de cet objet, sauf pour décrire des disciplines qui traitent du droit positif (sans exclure ses principes et ses fondements, bien évidemment), car cet usage ne touche pas la zone ambiguë du mot. Ainsi, pour toute autre entreprise scientifique qui réfléchit au droit (ou plutôt à sa rationalité) autrement que ce qu'est le système en vigueur, c'est-à-dire qui consiste à concevoir entièrement un système idéal, il est nécessaire d'avoir dans le nom un mot spécifique qui porte le sens d'entreprise : « la philosophie de... » ou « la théorie de... ». Cette dernière formulation, « la théorie de... », peut même être utilisée également pour nommer la science (la systématisation) d'un domaine de droit en vigueur, tellement le mot « droit » a perdu son pouvoir de désigner la forme intellectuelle. Il serait intéressant d'analyser les rapports entre le glissement du sens de concept de droit, les divisions ou l'émergence des différentes disciplines juridiques, et l'évolution de la conception des entreprises scientifiques qui y sont associées, comme ce que nous avons essayé d'en explorer une partie avec la primauté de la science.

stable pour des échanges économiques entre différents États obligeait la science du droit à concentrer ses efforts sur l'identification des matières juridiques, notamment des coutumes en vigueur, des rapports de droit observables et ceux qui pouvaient en être déduits, des règles de droit établies localement, mais aussi des concepts et des principes de base indispensables pour construire une compréhension commune, issus de la pratique de l'herméneutique juridique ou de l'héritage de *Ius Commune*. Il était nécessaire de faire ce travail de « bilan », ou du moins de reconnaître la couche réelle qui composait l'aspect juridique de la vie sociale, avant même qu'il soit question d'en préserver ou d'en réformer le fond, la forme, ou les deux — la fameuse querelle sur la codification présupposait cette considération pragmatique des choses, quel que soit le camp. La première préoccupation de la science du droit, à cette époque-là, n'était pas la simple vérité scientifique, mais la vérité scientifique conditionnée par le mode de construction / reconstruction du système politico-juridique qu'il semblait nécessaire d'adopter au vu de la situation, quels que soient le mode et le point de vue en question. Deuxièmement, lorsque les États allemands commençaient à se moderniser et que, ainsi, le pouvoir législatif étatique et son exercice se précisaient et se consolidaient, il y avait de moins en moins de marge pour penser le droit, notamment le droit privé, sans le soumettre explicitement à l'existence concrète d'un pouvoir politique. La formation du II^e *Reich* a scellé cette manière de voir les choses : aussi théorique et autonome qu'il puisse être, le système juridique se déploie avant tout sur le fait indéniable qu'est la structure de l'État. Finalement, la réalisation des codes subjuguait la science du droit sous l'autorité des lois incarnées des lettres, même si la codification elle-même avait été en partie le fruit du remarquable travail de la science du droit. Tous ces circonstances obligeaient la science du droit de sortir de l'espace spéculatif renfermé que la Raison lui avait réservé. On pouvait nier que les faits, les textes, la législation ou les décisions judiciaires peuvent épuiser le concept de droit, on pouvait continuer à défendre l'intérêt et la légitimité de parler d'une essence du droit et à insister sur la rationalité immuable qui la composait, cela ne changerait rien au fait que, parmi ses multiples aspects, le droit avait aussi des dimensions empirique, factuelle, positive — ces termes ne se recoupent pas forcément, mais retenons plutôt le plus général : l'empirique —, dimensions non-négligeables et davantage renforcées maintenant

que l'on est entré dans une ère où la construction des matières juridiques était désormais encadrée, systématique, et très productive.

III La solution impossible

Accepter ces dimensions en tant que donné n'est pas un problème pour la science du droit. Le problème, c'est de conjuguer ce droit, qui est un objet posé en face de la science, et le droit qui est le produit de la raison. Pour contourner ce problème, les options sont évidentes : on aura soit une science empirique qui constate simplement l'être du droit, soit une science constructive — comme ce qu'imaginent les penseurs des Lumières passionnés de codification — qui propose un système-modèle du droit d'après les exigences de la Raison, système qui est prêt à « poser », à être réalisé dans l'empirie. Dans les deux cas, la science du droit s'opère à l'extérieur de ces dimensions empiriques du droit : elle observe ce qui **est** à un moment donné, ou alors elle projette un avenir en rupture avec ce qui **a été**. L'empiricité du droit, qu'il s'agisse de son évolution ou de son potentiel, est alors analysée conceptuellement dans un tel cadre scientifique où on fait abstraction de l'écoulement du temps afin d'obtenir une connaissance « objective ». Ainsi, on laisse intacts les deux mondes, indépendants l'un de l'autre : le droit qui évolue dans l'empirie et la science du droit qui elle-même n'a pas d'épaisseur temporelle.

Et si l'on ne contournait pas le problème et que l'on acceptait le défi tel quel ? C'est la voie adoptée par l'Allemagne et ce qui caractérise la particularité de la culture juridique y régnant depuis le XIX^e siècle, devenue une véritable tradition. « Adopter » est à vrai dire un mot trop fort, car la situation était plutôt telle que le défi était propre à l'Allemagne, le contourner n'était pas un choix. Une science empirique était en tout cas insatisfaisante lorsque ce dont on avait besoin était de construire en plus de récapituler. D'un autre côté, reconstruire le droit de bout en bout selon un principe rationnel resterait une bonne idée sur le papier mais inenvisageable dans le réel tant qu'un pouvoir politique — ou une puissance révolutionnaire — qui irait dans ce sens faisait défaut. En même temps, les théories scientifiques n'avaient de toute façon pas d'emprise sur ce que réaliserait le pouvoir politique en matière juridique, si celui-

ci existait. La science pouvait produire autant de théories du droit qu'elle voulait, elle se trouverait le plus souvent la première à être tue à la naissance d'un tel pouvoir, si ses propos n'étaient pas en convenance avec la volonté de celui-ci.³⁵³ Qu'il s'agisse du droit privé, du droit public ou de la théorie de l'État, que l'on soit avant ou après la création de l'État-nation, la science n'avait de choix que d'être amenée à la réalité, près des choses — aussi arbitraires, changeantes, inconscientes, ou involontaires qu'elles soient — qu'elle s'efforcerait de théoriser, de conceptualiser, voire de justifier. La solution impossible, la conjugaison du droit en tant que donné et du droit en tant que produit de la raison, devenait la seule option.

Mais c'est sans doute à partir d'une telle contrainte que s'est développée une capacité particulière de la science juridique allemande. Dès lors que l'on arrivait à s'emparer scientifiquement du droit empirique, les concepts, les modèles et les logiques développés dans le but de construire sa compréhension devenaient eux-mêmes les « raisons » de son existence / sa validité. Une certaine autorité scientifique, un statut de vérité même, s'est donc installée avec cette compréhension, et d'emblée ces raisons-mêmes représentaient une universalité. Autrement dit, la science a développé une approche qui consistait à présupposer l'existence d'un concept universel du droit (ou des concepts juridiques pour les matières du droit), dont le droit empirique que l'on observe porte nécessairement la logique. Il convenait donc de retrouver cette logique dans l'empirie, afin de se représenter le concept « d'origine » — une technique de pensée ingénieuse qui consistait à inverser l'ordre du temps : ce qui était conçu plus tardivement devenait l'origine de ce qui est donné. Ainsi, la science étendait la connaissance de ce qui était, la transformait à la fois en une série de règles à portée universelle — ce qui devait être —, et en des critères pour la création de futures matières du droit. De l'empirique d'aujourd'hui se déduisait la force normative de demain. Et la science, d'un geste continu, conciliait l'empirie et la théorie, l'histoire et la philosophie ; elle permettait d'échanger à ces deux types de « temps » respectifs, celui qui s'écoulait dans l'empirie et celui par lequel les ordres logiques ou les

³⁵³ La situation peu après la création de la Confédération germanique (1815) en est un exemple. Les forces conservatrices régnaient parmi les dirigeants traumatisés par la Révolution française, les idées libérales et les représentants des réformes qui avaient été très présents dans les débats se voyaient progressivement retirés de la scène politique, et le dispositif liberticide des fameux décrets de Karlsbad en 1819 réprimait gravement la vie intellectuelle.

mécanismes théoriques prenaient sens. La science s'appuyait sur ces deux dimensions « temporelles » qu'elle a reconnues au droit et évoluait avec lui. Le droit n'était pas la pure création de la science, mais celle-ci l'a apprivoisé.

Rétrospectivement, ce défi s'est avéré une ouverture rare dans l'histoire de la science du droit. Ce qui a résulté de ce contexte difficile n'est pas un mélange, ni un compromis, mais un nouveau modèle complet et cohérent dont la force théorique était à la hauteur du défi auquel il faisait face : une nouvelle tradition de la science juridique qui s'ouvre avec et a pour emblème l'École historique du droit, dont la méthodologie constitue un modèle de base qui connaîtra différentes applications et évolutions et dominera la scène scientifique du droit pendant une bonne partie du siècle. Sous un certain aspect, ce modèle rappelle celui du Droit Naturel, dans le sens où, là aussi, le droit en tant qu'objet et la science du droit ne sont pas séparés. Mais alors que ce point est incontestable dans le Droit Naturel — car c'est l'existence même du droit qui est dictée par la loi de la Nature —, dans cette nouvelle tradition historiciste, ceci n'est pas une nécessité, mais un choix — voire un devoir — de la part de la science, libérée de la notion du Droit pour refaire un nouveau pacte avec lui, reconnu, cette fois-ci, en tant que droit humain, c'est-à-dire le droit qui, sans intervention de la science, peut tout à fait être arbitraire ou défectueux dans sa manifestation empirique, mais dont le concept peut être complètement soumis au façonnage de la science, à la perfection par la pure raison. Dans un contexte où la dimension empirique peut être critiquée mais ne peut plus être ignorée ni reniée, la primauté scientifique s'exprime cette fois-ci non pas dans l'état pur et idéal de l'exercice scientifique — les systèmes de droit naturel, les doctrines de droit selon la raison seront de moins en moins dans l'air du temps —, mais dans la résilience qu'atteste la science lors des confrontations d'ordre pragmatique, et dans la persévérance avec laquelle elle exige la systématisation même sur des matières qui sont historiquement non systémiques. En persévérant, la science découvre qu'au fondement de son objet, le droit, il n'y a pas d'évidence ni d'objectivité nette et absolue — c'est le prix à payer lorsqu'on abandonne tout concept avec une majuscule — ; il n'y est écrit qu'une formule paradoxale : la vérité du droit ne peut être saisie qu'à travers ce caractère de l'homme qui conditionne ses actions, et qui est appelé liberté (quelles que soient les significations concrètes qu'on accorde à ce mot). Interroger

scientifiquement le droit, c'est confronter cet univers où la vérité et la liberté se mêlent et ne se donnent jamais dans leur état pur, c'est supposer (sans jamais peut-être réussir à prouver) que l'homme en tant qu'être libre ne crée pas pour autant un monde arbitraire, et qu'en tant qu'être empirique, c'est-à-dire conditionné, il est tout autant capable de se dicter, de se donner sa propre condition. Ce n'est que dotée d'un tel point de vue anthropologique que la science du droit peut être une partie intégrante du droit, et ce n'est que dans une telle approche scientifique — systématiser les empiriques — que le droit peut contenir une quelconque vérité — ce sont les deux faces d'un même modèle. L'inséparabilité du droit et de la science du droit est un devoir pour chacun des deux. On voit se mettre en œuvre de manière concrète et intense deux caractères épistémologiques légués depuis Kant : la primauté de la science et le modèle scientifique des connaissances anthropologiques³⁵⁴. C'est ainsi que la science du droit

³⁵⁴ Les héritages de Kant sont d'une telle importance qu'elle n'est jamais assez soulignée. Notamment dans le sens où idéologiquement on peut être kantien ou anti-kantien, mais épistémologiquement on est tous postkantien, car depuis Kant il n'y a plus d'entreprise digne du nom de « science » en s'adossant aux paradigmes antérieurs au philosophe. Mais lorsqu'il s'agit de démontrer cette influence ou de mesurer son ampleur dans un contexte précis, on n'a souvent pas d'autres moyens que d'essayer de trouver, dans des correspondances, des journaux intimes ou des ouvrages, des traces qui montrent bien que Kant avait été lu et avait marqué les esprits. On se retrouve ainsi dans une situation embarrassante qui consiste à prouver un changement épistémologique de grande ampleur à partir des faits empiriques qui séparent l'histoire en deux, avant et après 1781, l'année de la publication de *Critique de la raison pure*. Certes, tout le monde a lu Kant. Mais tout le monde a lu aussi d'autres auteurs. Kant et ses œuvres n'ont sûrement pas créé ce changement par eux-mêmes. Si mesurer les influences d'une personnalité est globalement difficile, il l'est encore plus quand il s'agit des influences épistémologiques. Sur ce point, comme nous l'avons discuté dans les précédents chapitres, l'approche de Foucault, en contournant ce problème, souligne justement la particularité des études archéologiques. Par rapport à la Critique, l'influence épistémologique de l'*Anthropologie* de Kant aurait peut-être encore plus besoin de ce point de vue archéologique pour s'expliquer : il faudrait la voir plus comme ce qui **éclaire** la structure *a priori* d'un nouveau modèle scientifique que ce qui a créé ce dernier. Mais pour le moment, ayons seulement à l'esprit que le constate sur les héritages de Kant simplifie la discussion plutôt que de décrire littéralement une réalité.

Cela dit, il fait l'unanimité que l'ensemble de l'entreprise du criticisme s'élève plutôt à une révolution qu'à une simple influence. Concernant le domaine du droit en Allemagne, le déclin de la tradition de *jurisprudencia* et l'émergence de *jurisscientia* se sont passés entre 1790 et 1810, période où la scène philosophique était la plus influencée par les pensées de Kant. Il est généralement admis que cette transition signifie deux choses. Premièrement, la science du droit ressemble désormais moins à un art d'érudition ou d'organisation de connaissances, qu'à un art de conceptualisation. Deuxièmement, ce travail de conceptualisation consiste à transformer l'ensemble des matières juridiques en un système ; la systématisation devient la marque de la science, et le caractère systémique d'un objet devient la preuve de sa qualité scientifique. Cette transition dans la conception de la science du droit est encore couplée à un autre caractère, cette fois-ci substantiel, du droit : le fondement du droit ne peut être autre chose que la liberté. Les systèmes du droit élaborés après Kant ont très peu suivi sa conception formaliste du droit — sur ce point, il y a des raisons philosophiques et politiques —, mais tous ont cherché à se rendre conformes à ces trois critères qui justifient le statut de *jurisscientia*. (Même si la nature de leurs entreprises ne correspond pas vraiment à la définition exacte de *jurisscientia* donnée par Kant, selon qui celle-ci est « la connaissance systématique de la doctrine du droit naturel » — E. KANT, *Doctrine du droit, op. cit.*, p. 149, §A de l'Introduction à la doctrine du droit.) (Sur les héritages de Kant, un aperçu est donné par H.-P. HAFERKAMP, « Historical Conditions for the Contemporary Understanding of Legal Method in Germany », dans I. Helland et S. Koch (éd.), *Nordic and Germanic Legal Methods: Contributions to a Dialogue between Different Legal Cultures, with a Main Focus on Norway and Germany*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 84-96 ; voir également O. JOUANIAN, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : Itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits*, n° 28, 1999, p. 47-69, notamment p. 51-52 pour la qualification postkantienne de l'école historique du droit et la thématique de la liberté ou de la volonté libre en tant que fondement du droit, un autre héritage de Kant.) Nous pensons que, si la systématisation et le principe de liberté sont respectivement des éléments paradigmatiques qui se trouvent déjà dans l'air du temps et que, ainsi, on ne peut pas dire qu'adopter l'un ou l'autre rend kantien, pas plus que Kant a forgé ces critères, mais alors la liaison des deux, entre la forme de la science et le fondement de son objet, peut bien être signe de la puissance d'une pensée particulière devenue ainsi une nécessité généralisée. Autrement dit, si l'on cherche la véritable signature de cette révolution kantienne, elle est peut-être dans

allemande du XIX^e siècle arrive à surmonter autant de paradoxes et même à les transformer en sa raison d'être.

IV Des extrémistes, des déviants et au-delà

Aussi longtemps que la tension qui réunit paradoxalement la souveraineté du réel à l'exigence scientifique se maintient, la science du droit continuera de fonctionner selon ce modèle. Une fois qu'est établie une méthodologie capable de tenir l'équilibre dans cette tension permanente, la systématisation peut s'exercer sans réserve, la structure conceptuelle qui héberge les matières du droit connaîtra un développement constant, et la science du droit sera de nouveau « libre », car sa méthodologie lui permet désormais de cheminer sur des empiriques qui lui faisaient jadis obstacle. Pendant cette évolution, un moment spécifique a changé décisivement le statut de la science du droit : c'est le moment de circonscription, de déterminer les limites ; le moment où la science du droit cherche à se transformer en une science indépendante, en partie en réponse à des exigences de scientificité de plus en plus poussées qu'attestent beaucoup de sciences émergentes de l'époque. En fonction des perspectives et des critères différents, cette circonscription peut s'opérer sur des niveaux différents, de manières différentes ; mais quelle que soit la variété, ce moment distinctif fait porter à la science du droit la même appellation : « positivisme »³⁵⁵. Ici, la pertinence du choix du terme nous importe peu ;

cette idée selon laquelle la clé de la scientificité du droit, ou la possibilité d'une science du droit systémique, repose nécessairement sur la thèse de la volonté libre.

Il faut tout de même signaler que des facteurs contextuels contribuaient aussi à la réception et à la perpétuation de cette idée de primauté scientifique, ou l'exigence constante de la systématisation du droit. À part le fait que cette force de systématisation apportait la stabilisation et l'évolution douce dont avait besoin une nation à laquelle un pouvoir politique central faisait défaut, elle servait aussi à consolider une idéologie selon laquelle la science devait diriger la pratique judiciaire et non pas le contraire, idéologie qui de plus trouvait facilement écho dans le monde universitaire allemand toujours très présent. Nous sommes ici sur un terrain de « primauté scientifique » très différent, où il s'agissait plutôt de la communauté scientifique, de sa tradition et de son avenir, que de la connaissance elle-même. Il n'est donc pas étonnant qu'on y trouve aussi des énergies qui étaient aux antipodes d'une image de science réformatrice et progressiste, allant même parfois jusqu'à friser l'inertie face aux situations changeantes de la scène politique. (Un exemple serait la science du droit public impérial aux alentours de 1800, laquelle continuait ses activités d'enseignement et de recherche et jouissait d'une grande reconnaissance de telle manière que l'on n'aurait pas dit que le Saint Empire romain allait toucher à sa fin, chose pourtant évidente pour les contemporains. Ce qui, toutefois, ne l'empêche pas de faire preuve d'une forte et agile adaptation dès la chute de l'empire, et ainsi, de créer un continuum à partir de ses anciens appareils critiques pour accaparer de nouvelles situations. Voir M. STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, op. cit., p. 15-17, 48-68.) Malgré cela, la très présente intelligentsia universitaire allemande restait l'acteur principal de la formation du siècle de la science du droit.

³⁵⁵ Laissons de côté la pertinence de cette appellation et les faux rapprochements que le terme très polysémique et multi-caractère de « positivisme » peut induire ; il est vrai que dans le domaine de droit, l'emploi du terme est le plus souvent lié à la mise en avant du caractère indépendant, soit du concept de droit, soit de la science du droit. Il serait intéressant de creuser l'histoire de cet usage terminologique et de faire une comparaison générale pour voir s'il est propre au droit ou s'il s'applique aussi aux autres sciences. Car l'enseignement de Auguste Comte souligne surtout le bannissement des éléments métaphysiques

ce qui est plus important est le fait que ce mouvement de circonscription, quelle que soit la manière dont il est exécuté, constitue toujours une même qualification, que ce soit pour l'approuver ou pour le critiquer. Il est ainsi question de distinguer le(s) bon(s) positivisme(s) des mauvais : il y a celui qui cherche à se purifier des valeurs morales ou politiques, celui qui ne travaille qu'avec des concepts juridiques et non avec des phénomènes empiriques, et celui qui ne reconnaît son objet que dans les lois écrites et dans la jurisprudence ; entre autres. Mais ceci n'est pas notre question. Ce qui nous intéresse est de voir comment ce mouvement de circonscription peut agir sur ce rapport improbable entre le réel et la science, notamment en renforçant les tendances extrémistes et, ainsi, en menaçant le maintien de leur bonne tension. Opéré au niveau de conceptualisation, il peut contribuer à créer un scientisme extrême, qui serait soit trop restreint pour prendre en compte toutes les situations juridiques potentielles, soit trop encombré de systématisations qui ne trouvent plus d'utilité réelle. Opéré au niveau empirique, il peut aller jusqu'à annuler la raison d'être de la science du droit, car celle-ci se réduira à une sorte de répertoire des lois.³⁵⁶ N'est-ce pas donc une chose curieuse que les sorts si différents de la science du droit évoquent la même qualification ?³⁵⁷ Mais tout ceci n'est pas pour nier la possibilité de construire un positivisme qui serait

en tant que progrès épistémologique, et la spécialisation des sciences empiriques ne signifie pas forcément exclure tous les éléments considérés comme appartenant à d'autres domaines — comment imaginer, par exemple, une sociologie qui ne tire ses conclusions qu'à partir des facteurs sociaux ? —, et peut-être encore moins faire de ce principe d'indépendance un but explicitement recherché. Est-ce parce que le droit est un objet historiquement très hybride que, lorsqu'il s'agit d'établir une science positiviste, il faudrait donc redoubler de précautions ? S'il s'agit d'une stratégie politique implicite visant à garder la neutralité de la science du droit, pourquoi les attributs « objectif » ou tout simplement « scientifique » ne suffisent pas ? Wieacker relie tout simplement le terme à la notion de droit positif, lequel a son étymologie qui remonte au latin *legem ponere* (loi posée) et *ius positum*. Pour lui, qualifier le Pandectisme de positivisme uniquement parce qu'il cherche à se spécialiser, à purifier la science du droit vis-à-vis d'autres éléments non-juridiques, est un abus de langage ; sans doute il pense que, à cause de l'étymologie du terme, cette qualification a tendance à renvoyer à l'idée de limiter l'objet scientifique au droit positif, et ainsi elle réduit le champ de la science et occulte sa qualité systémique. D'après Wieacker, il serait plus logique de qualifier ce qu'il appelle « le positivisme scientifique du droit », que la méthode de Pandectisme cherche à réaliser, de formalisme, car son origine est le formalisme épistémologique de Kant. (F. WIEACKER, *A history of private law in Europe, with particular reference to Germany*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 342) Mais si cette origine rend obligatoire la tâche de spécialiser la science du droit, de la rendre indépendante — car si le droit est un pur concept, sa frontière avec d'autres objets ne sera pas donnée dans l'empirie et nécessite elle-même un travail de conceptualisation — son nom « formalisme » suffit-il pour nommer ce processus de circonscription ? Nous ne sommes pas à même de répondre ici à ces questions de choix de dénominations. Nous tenons seulement à signaler deux choses : 1) ce qui déclenche le plus souvent l'emploi du terme de « positivisme » dans le domaine du droit au XIX^e siècle est cette idée de limite et de circonscription en vue de satisfaire une certaine scientificité, et c'est un usage qui se voit rarement porté par d'autres mots ; 2) le terme semble certes souligner le poids du droit positif, mais le droit positif tout seul ne fait pas le positivisme, car celui-ci présuppose toujours une très haute exigence pour la science quelle que soit son expression, et cette présupposition vaut également, si ce n'est pas encore plus, pour la déception devant un droit considéré inapte à être un objet de science. Il est donc pertinent de considérer l'idée de positivisme comme l'une des descendantes de la structure de tension dont nous parlons.

³⁵⁶ On pourrait penser, pour le premier cas, au conceptualisme au sens péjoratif du terme, et pour le second, au fameux discours du juge prussien : J. H. von KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, Springer, 1848. (Il faut pourtant préciser que sa thèse de la futilité de la science du droit relève plutôt de la frustration envers la situation scientifique de l'époque que d'une position positiviste.)

³⁵⁷ Ce qui exprime peut-être le choc profond que provoque cette tentative inédite de vouloir spécialiser les pensées juridiques.

au juste milieu, qui renforce la systématisation sans faire perdre complètement à la science d'autres types de considérations : que la frontière de la science du droit représente non pas son arrogance mais sa modestie. Quoi qu'il en soit, cette tentative d'atteindre la plus haute scientificité à travers la circonscription ou la purification du champ de la discipline s'est généralisée au cours du XIX^e siècle, sans avoir gagné tous les terrains. Car si on a besoin que le droit et sa science évoluent avec le temps, la tension entre le réel et la science devrait être toujours maintenue, et la frontière de la science du droit devrait avoir une certaine perméabilité.

Dans d'autres cas où la tension s'affaiblit ou fatigue, soit parce que le contexte l'oblige, que les perspectives scientifiques diffèrent ou à cause des positions idéologiques particulières, l'énergie scientifique sera canalisée autrement. Lorsque prévaut la perspective selon laquelle le réel gagne tout le terrain, que les matières du droit sont tout simplement ce qu'elles sont une fois créées et ne contiennent en elles aucune rationalité inhérente, alors la tension se brise, la science ne dispute plus le contenu du droit en vigueur et ne fait que constater ou analyser son existence empirique, en cours ou passée. Ainsi, parallèlement au positivisme empirique extrême (ou positivisme légaliste), fleuriront des idéologies scientifiques comme le marxisme, le réalisme, le décisionnisme ou leurs dérivés, qui enrichissent des pensées juridiques en rejoignant des sciences qui ne sont pas celle des juristes : l'histoire du droit, la sociologie du droit, la science politique ou d'autres disciplines empiriques qui ont pour objet le droit. Du point de vue de ces idéologies et de ces sciences, la conception de la scientificité pour toute connaissance anthropologique parvient enfin à maturité grâce à leurs efforts, et la « science du droit » qui dans cette optique se voit réduite à la méthode d'interprétation des juristes et, ainsi, inapte à expliquer le monde du droit de manière objective, n'est pas vraiment une science, sinon une exception de ce concept. Dans un monde comme le nôtre où l'univers des sciences humaines ne cesse de s'accroître depuis la fin du XIX^e siècle, le statut d'exception de la science du droit est devenu une réalité.

En plus de ces deux possibilités, c'est-à-dire la maintenance ou l'effritement de cette tension, il existe encore un autre scénario, qui lui aussi se forme autour de la même

problématique. Au lieu de trouver un équilibre ou de trancher entre les deux parties du dilemme, cette « troisième voie » se propose de reconnaître pleinement les deux exigences visiblement opposées, prétend à une solution qui les satisfasse en même temps et complètement, laquelle seule définirait la **véritable** science du droit. Ce qui se passe est que le contenu du droit est désormais incontestablement considéré comme l'affaire de l'action humaine qu'on appelle la législation, que la science le veuille ou non ; disputer le contenu du droit est bien sûr possible, mais c'est alors un acte politique et non pas scientifique. Mais ce n'est pas pour autant que la science doit quitter le terrain du droit, bien au contraire. Car elle a désormais un tout autre objet qu'elle ne partage plus avec le réel : la formule ou le « code génétique » qui détermine le statut du droit et le distingue des autres matières et qui, par là-même, ne peut résider que dans le mécanisme formel du droit, et non pas dans son contenu. Le travail de la science du droit ne consiste pas à simplement exposer ce mécanisme de détermination du statut du droit — sinon elle serait une science empirique —, mais surtout à le théoriser, à en construire la grammaire, laquelle ferait que ce code génétique n'est pas un hasard mais une rationalité en soi, rationalité purement propre au juridique. Il est ainsi prétendu que la science du droit, tout en reconnaissant la nature positiviste du droit, est capable de s'emparer de sa vérité scientifique, vérité non pas donnée puis trouvée mais issue entièrement du travail scientifique. C'est donc non seulement par la purification du concept de droit, mais aussi et surtout par la purification extrême de la science du droit — en se limitant à la rationalité qui compose l'**identité** juridique — que les deux exigences du dilemme sont satisfaites.

Toujours est-il que, ce faisant, le véritable défi — la construction du droit et des matières juridiques — est contourné. La grande problématique qui tourmente la science du droit allemande du XIX^e siècle, la tension existentielle qui définit sa raison d'être, n'est pas vraiment résolue, mais annulée — la positivité et la scientificité du droit ne sont plus des termes qui s'opposent, mais les deux aspects qui expliquent la même vérité. Ainsi on a le positivisme juridique contemporain au modèle kelsenien qui rompt avec la tradition scientifique du droit et n'a plus le même horizon que celle-ci. Nous discuterons de ce modèle au Titre prochain.

Chapitre 2 L’histoire comme principe organisateur, ou la découverte d’*Homo juridicus*³⁵⁸

Section 1 Repérer Savigny dans l’archéologie foucauldienne ?

Foucault retraçait les passages d’une épistémè à une autre, mais il n’a pas pointé les causes de ces changements. Sans doute qu’il ne l’a pas pu parce que, trop de facteurs et de contingences y ayant concouru, on ne saurait saisir ces transformations comme quelque chose d’uni et qui a un sens, ce qui est la condition même pour parler de « cause ». Ou tout simplement parce qu’il estimait que, au lieu de trouver les causes, il était plus important d’exposer et de comprendre les structures internes de ces épistémès, de savoir discerner un véritable changement de paradigme. Son travail d’archéologie l’a conduit à prendre Kant comme une sorte de repère du tournant qui avait mis fin à l’ère classique et avait introduit le monde dans la modernité. Ce faisant, il était évident que Kant n’était pas la cause, et ce repère n’était pas d’ordre chronologique. Mais cela lui était suffisant pour distinguer les deux modes / ères épistémologiques avec chacun leur propre langage de pensée qui rendait nécessaire à chacun ses propres questionnements. Selon Foucault, les « sciences humaines » telles qu’on les connaît aujourd’hui n’étaient pas pensables à l’époque classique, car le langage de représentation de celle-ci, qui liait les mots et les êtres et qui représentait la connaissance en un tableau d’articulations, ne permettait pas de mettre en question les conditions de possibilité de ces articulations mêmes. C’aurait été contredire son propre modèle si la pensée classique avait placé la condition de connaissance en « cette stature étrange d’un être dont la nature serait de connaître la nature, et soi-même par conséquent comme être naturel. »³⁵⁹ C’était cela la grande question de toute épistémè

³⁵⁸ Nous avons emprunté le titre de l’ouvrage de Alain Supiot (*Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005) pour souligner l’essence anthropologique du droit reconnue par le modèle de l’École historique du droit. Le lecteur découvrira les considérations de ce choix dans ce chapitre qui démontre les analogies entre ledit modèle, le modèle anthropologique kantien entendu par Foucault, et l’épistémè moderne qui, d’après Foucault, s’est construite en s’interrogeant sur l’homme.

³⁵⁹ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, op. cit., p. 321.

moderne : qu'est donc cet humain qui pense tout y compris lui-même et depuis lui-même ? Est-il capable de maîtriser sa pensée, de penser l'objectif, de penser pour la science ? Et quel modèle scientifique faut-il pour rendre valables ces questions-là avant même d'y répondre ? Réfléchir à ces questions était pour Foucault la base qui permettait de réfléchir à la situation dans laquelle nous, les êtres pensants d'aujourd'hui, sommes toujours ; sommes-nous en train d'emmener la pensée à encore une autre épistémè, ou de la ramener vers le prémoderne, où elle se renfermera de nouveau dans le grand Discours, lorsque, en poursuivant ces interrogations rendues possibles par le XIX^e siècle, nous commençons à chercher la vérité de l'homme non pas dans ses conditions — le vivre, le parler et le travailler — mais dans les êtres mythiques de la vie, du langage et du travail ? Tout comme pour la cause du déclenchement de l'épistémè moderne, Foucault n'avait pas de réponse quant à la manière de son achèvement. Mais l'important est qu'il avait désormais un fondement pour y réfléchir. « Je sais maintenant pourquoi, comme tout le monde, je peux me les poser [les questions sur l'achèvement de l'épistémè moderne] — et je ne peux pas ne pas me les poser aujourd'hui. Seuls ceux qui ne savent pas lire s'étonneront que je l'ai appris plus clairement chez Cuvier, chez Bopp, chez Ricardo que chez Kant ou Hegel. »³⁶⁰

Et nous aurions tendance à nous dire que, si le droit n'avait pas été une discipline dogmatique, s'il n'avait pas ce rapport si entremêlé avec le politique, si sa fonction de gouvernement n'occultait pas tant le fait que légiférer est aussi une condition humaine et n'incitait pas tant à le soumettre aux analyses de pouvoir plutôt qu'à l'étude archéologique, et si les divers efforts pour le rendre scientifique n'avaient pas été, respectivement et presque sans exception, mis en doute à un moment ou un autre, alors peut-être que cette optique de Foucault se serait portée sur le domaine du droit et le nom de Friedrich Carl von Savigny aurait apparu aussi sur sa liste.

Nous évaluons ici le juriste et la nouvelle méthode scientifique qu'il a créée pour le droit d'un regard archéologique : nous mettons de côté les questions de savoir s'il faut

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 318. Il s'agit de l'anatomiste français Georges Cuvier (1769-1832), le philologue allemand Franz Bopp (1791-1867) et l'économiste britannique David Ricardo (1772-1823). Cf. *infra* note 381.

considérer son modèle comme l'un des résultats d'une vague épistémologique, à quel point celui-ci peut être déduit des influences reçues, et si le passage historique auquel la science du droit est soumise est une nécessité commandée par le paradigme de l'époque de telle sorte que, s'il n'y avait pas eu un Savigny, ç'aurait tout de même été mené par une autre personnalité. Si l'archéologie foucaldienne veut qu'il existe des *a priori* épistémologiques qui sont hors de portée des intentions intellectuelles, et donc insaisissables par des réflexions causales, alors contentons-nous du fait que le hasard nous ait donné un Savigny grâce à qui la structure de l'épistémè moderne tel que Foucault l'a exposée trouve une si claire expression dans le domaine de droit. Car la science qu'a établi Savigny n'est pas seulement parfaitement de son temps, mais aussi très emblématique de l'ère archéologique du XIX^e siècle.

Section 2 La conception savignicienne du droit

Commençons d'abord par localiser le juriste dans l'histoire des pensées. On le repère plus concrètement aux alentours des grandes vagues intellectuelles qui illuminaient l'Allemagne depuis le tournant du siècle, notamment l'idéalisme qui cherchait à dépasser Kant et à accomplir le kantisme, et le premier romantisme allemand qui renouvelait la littérature, l'esthétique et la métaphysique. Savigny se trouvait, pour ainsi dire, à l'épicentre de ces mouvements, ce dont témoigne ses rencontres personnelles avec certains représentants éminents du cercle d'Iéna, ses lectures assidues bien documentées des théories idéalistes et romantiques, et ses propres notions philosophiques servant de fondement à sa science du droit et qui dévoilaient leurs influences profondes. Dans ses écrits qui élaborent le programme de la nouvelle science qu'il voulait créer³⁶¹, on remarque une harmonie englobante dans sa manière de décrire

³⁶¹ On peut en compter 5 principaux : 1) L'opuscule *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* de 1814, à la fois une réplique à la brochure de Anton Friedrich Justus Thibaut de la même année, *De la nécessité d'un droit civil général pour toute l'Allemagne*, et le Manifeste de l'École historique du droit ; 2) *Sur le but de la présente revue* de 1815, premier article du premier volume de la nouvelle revue qui servira de l'organe principale de l'École, *Revue pour la science historique du droit* ; 3) sa recension du livre de Nicolaus Thaddäus Gönner (1764-1827) *De la législation et de la science du droit en notre temps*, publiée également dans le premier volume de la *Revue* ; 4) la préface au premier tome de son *Histoire du Droit romain au Moyen-Âge* paru en 1815 ; 5) la préface du premier volume de *Système du Droit Romain actuel*, en 1840. Sauf pour le 3), on trouve les traductions française de ces écrits respectivement dans *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, *op. cit.* ; « Sur le but de la présente revue », O. Jouanjan (trad.), dans O. Jouanjan (éd.), *L'esprit de l'École historique du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 25-32 ; *Histoire du droit*

le droit, sa genèse et son savoir : harmonie qui a pour origine la réflexion sur la conscience de soi, typique d'une philosophie de l'histoire post-kantienne, dans le sillage notamment de Schelling et de Schlegel, et qui efface la frontière infranchissable entre la philosophie et l'histoire, entre *cognitio rationalis* et *cognitio historica*, et entre la nécessité et la liberté, et présente ainsi un terrain vierge pour accueillir des pensées et des formes de pensée qui étaient jusque-là impensables. En particulier, une nouvelle notion de l'histoire, sans laquelle la méthode historique de Savigny n'aurait pas pu trouver la possibilité d'être une méthode scientifique : l'histoire est toujours l'histoire d'une conscience, elle n'est plus le simple recueil des faits passés. Cette manière de penser l'histoire, c'est-à-dire vue comme une série d'évènements unifiés sous une idée, permet de concevoir les systèmes scientifiques autrement : ceux-ci sont considérés comme plus fidèles à la vérité lorsqu'ils sont élaborés dans une telle perspective historique. Ainsi le résume cette phrase de Schlegel : « L'histoire est une philosophie en devenir, et la philosophie une histoire achevée. »³⁶²

Le droit de Savigny reflète cette ouverture métaphysique et ne se retrouve plus en position d'enjeu entre la Raison mécanique et l'arbitraire que celle-ci cherche à vaincre, mais est soutenu par un autre ordre, lequel ne réside nulle part ailleurs que dans le droit lui-même : son histoire interne, dont le mode systémique prend la forme d'organisme. Donc, sans être un produit direct de la raison, le droit ne tombe pas pour autant dans le chaos car il est travaillé selon un processus traçable dont il porte nécessairement les traits. Un processus non pas mécanique mais organique, c'est-à-dire sans séparation entre un cerveau qui ordonne et des membres qui exécutent des ordres, ni de concentration des réflexions en une seule unité souveraine ; à la place, c'est une sorte d'intelligence collective — ou « conscience commune » selon la terminologie de Savigny —, un réseau qui relie toutes les parties se connectant les unes aux autres et se reconnaissant chacune dans le tout qu'elles forment ensemble. Étant lui-même un aspect de ce processus, de cette évolution organique, le droit n'est donc pas un

romain au moyen âge. Tome premier, C. Guénoux (trad.), Paris, C. Hingray, 1839 ; *Traité de droit romain. Tome 1*, C. Guénoux (trad.), Paris, F. Didot frères, 1855, 8 vol.

³⁶² Fragment 325 d'*Atheneum*, dans F. von SCHLEGEL et C. LE BLANC, *Fragments*, Paris, J. Corti, 1996, p. 186, cité également dans O. JOUANJAN, « Savigny et le “tournant philologique” de la pensée allemande : pour une lecture métaphysique de la science historique du droit », dans *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 117. Pour les influences idéalistes que l'on peut lire dans les pensées de Savigny, voir également O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, Puf, 2005.

« produit » tout court, au sens où il serait soit une organisation totalement transparente d'un travail subjectif, soit une création détachée de celui-ci et qui agirait en tant que pur objet, ou pure documentation des pensées et non pas le penser lui-même.³⁶³ Car il contient lui-même les principes organisateurs qui déterminent son propre état évolutif de tous les instants. Selon ce schéma post-kantien auquel adhère Savigny, la forme qui pourrait réellement surpasser l'antagonisme entre le subjectif et l'objectif est la vie, le vivre ; et l'ordre selon lequel la vie agit, c'est-à-dire l'organisme, serait la seule forme intelligible alternative qui puisse libérer le droit du dilemme entre la Raison mécanique et l'arbitraire. Concrètement, pour Savigny, le sens et l'intelligibilité d'un système de droit sont liés à la culture, l'histoire et l'esprit d'un peuple³⁶⁴, lequel est nécessairement une existence organique, composée des parties organiques (familles, individus) et elle-même composante d'une autre unité supérieure (l'histoire entière de toutes les époques du peuple). Comparable à la langue, le droit est une forme spécifique d'expression du peuple et sa systématisation est donc structurée de la même manière que l'ordre organique de celui-ci.³⁶⁵ Bien évidemment, cette vision portée sur le droit a pour modèle le droit civil, dont la coutume est la source principale.

³⁶³ En langage savignicien, cette idée est formulée à travers le rôle des juristes qui, dans une logique de division des expertises, forment un ordre social spécialisé et représentent le plan juridique de la conscience commune du peuple. Le privilège réservé au rôle de la science chez Savigny est manifeste rien que dans le fait que le droit savant occupe une place importante dans le chapitre intitulé « De la genèse du droit positif », le premier chapitre après l'Introduction de son fameux pamphlet contre Thibaut. Selon cette vision, la fonction de la science juridique est partie intégrante du phénomène du droit.

³⁶⁴ « Sitôt que nous rencontrons une histoire fondée sur des documents, le droit civil présente déjà un caractère déterminé propre à chaque peuple, comme le sont sa langue, ses mœurs, sa constitution. A vrai dire, ces phénomènes n'ont pas d'existence à part ; ce ne sont que les diverses forces et activités du peuple considéré, elles sont indissociables dans la réalité et n'apparaissent comme des caractères particuliers qu'à notre observation. Ce qui les relie en un tout, c'est la conviction commune du peuple, le même sentiment de nécessité interne, lequel exclut toute idée d'une origine fortuite et arbitraire. » F. C. von SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, op. cit., p. 53. « Le droit grandit avec le peuple, il se développe avec celui-ci et finit par disparaître tout comme le peuple vient à perdre ses caractéristiques. » *Ibid.*, p. 55.

³⁶⁵ Cet ordre organique du droit est analogue à la vie à plus d'un niveau, et les formules que Savigny mobilise pour le décrire dépassent parfois le simple ordre métaphorique. « L'immutabilité du droit n'a en fait jamais été affirmée. Le corps humain non plus n'est pas immuable, mais grandit et se développe sans cesse ; et c'est ainsi que je considère le droit de chaque peuple comme un membre de son corps. » (F. C. von SAVIGNY, « Opinions pour et contre de nouveaux Codes », dans *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris, Puf, 2006, p. 138) Ou plutôt, le droit est organique parce qu'il est, d'une certaine manière, la vie : « Le droit n'a en effet aucune existence en soi, il se confond bien plutôt avec la vie même des hommes considérée d'un certain point de vue. » (*De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, op. cit., p. 64.

Section 3 La question de l'histoire et l'ambigüité de l'historique savignicien

Par rapport à la notion d'histoire, la notion d'organisme est donc peut-être une notion plus adaptée ou plus complète lorsqu'il s'agit de décrire la structure systémique sous laquelle Savigny voulait présenter sa nouvelle idée de droit. Car un être organique est un système qui est d'emblée intelligible au travers de ses trois dimensions : la dimension diachronique qui retrace son évolution, la dimension synchronique dans laquelle se déploient la structure générale et les rapports entre les différentes parties, et la dimension auto-génératrice et auto-organisatrice qui rafraichit les deux autres dimensions. Mais la notion d'histoire peut apporter quelque chose qui n'existe pas forcément dans l'organisme, quelque chose sans doute non nécessaire pour l'accomplissement d'un système en tant que tel, mais qui fait surgir et met en question notre rapport avec l'être organique, c'est-à-dire l'optique, le point de vue, la compréhension, et éventuellement la science. La dimension d'histoire est potentiellement la dimension d'enseignements — potentiellement, car en fonction de différents points de vue, il peut s'avérer aussi que l'histoire n'est qu'un simple recueil d'évènements survenus et n'enseigne rien du tout. Mais s'il existe cette dimension d'enseignements — si l'étude de l'objet organique n'a pas pour seul but de l'exposer mais est censé nous apprendre quelque chose, par exemple, une fraction de vérité de toute chose y compris de nous-mêmes ; si notre manière de l'étudier porte éventuellement un objectif même implicite d'influencer le cours de l'évolution de cet objet, autrement dit, de « faire histoire » —, alors il est évident que la notion d'organisme, sans plus de précision, n'est pas capable de véhiculer cette signification. La question de l'histoire dans la connaissance est d'emblée une question qui implique la position et l'agir du sujet ; le refus de la dimension historique dans la science se justifie aussi par la même raison. Les débats sur les différentes méthodes qu'il convient d'adopter pour la science du droit disputent moins la réalité du droit que le rapport que l'on entretient avec le droit et ce qui est attendu de son avenir ; ces débats ne sont possibles que sous l'idée si controversée d'histoire. La position même de considérer le droit comme un organisme historique est peut-être elle-même liée à une certaine manière de percevoir l'histoire dans laquelle on se trouve et la mission du présent.

Ainsi, même si en vue d'une cohérence scientifique, la méthode historique de Savigny serait mieux saisie sous la notion d'organisme, ce que l'emploi du terme d'histoire signifie ne peut être subsumé sous cette seule considération et renvoie à des questions plus profondes concernant la manière de concevoir ce qu'est le savoir du droit et ce que l'on peut en faire.

Cela dit, on remarque tout de suite que, autant l'adhésion de Savigny à la conception idéaliste de la notion ne fait aucun doute, autant son usage des termes d'« histoire » et d'« historique » (*Histoire, historisch, Geschichte* et *geschichtlich*) est loin d'être univoque. En effet, l'omniprésence de ce groupe terminologique dans les écrits de Savigny ne témoigne pas d'une construction théorique massive d'un concept à la cohérence parfaite.³⁶⁶ Dans la mesure où ce qu'il veut vraiment défendre est une méthode, et non pas une notion, des significations glissent facilement d'une étape à une autre dans sa construction méthodologique. Ainsi, son objet d'étude, le droit, est historique au sens empirique parce qu'il est question d'un phénomène qui est « la fonction législative d'un certain État à une époque donnée »³⁶⁷. Mais il est aussi historique au sens organique, et ce pour plusieurs raisons : parce que le droit est une partie intégrante du peuple comme un membre pour le corps, et parce que le droit en tant que système reflète l'organisme du peuple, et ainsi il est structuré selon sa nécessité interne, son histoire interne. Puisque le droit est historique, son traitement scientifique doit aussi être historique, et là encore les registres se multiplient. Il s'agit d'abord d'un travail d'historien ou de philologue, une étude détaillée des matériaux depuis l'Antiquité en vue de construire une connaissance historique rigoureuse du droit.³⁶⁸ Mais pour la méthode qu'imagine Savigny, ce travail historique en soi n'est pas suffisant : ce qu'il veut en tirer, ce n'est pas la *historia iuris* en tant que *cognitio ex*

³⁶⁶ Cf. A. DUFOUR, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *op. cit.*.

³⁶⁷ Phrase provenant de ses cours de *Méthodologie* donné à Marbourg en 1802/03 ; citée dans J. RÜCKERT, « Savigny et la méthode juridique », dans O. Jouanjan (éd.), *L'esprit de l'École historique du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 81.

³⁶⁸ En répondant à son adversaire de la querelle de codification, Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), qui dit que les recherches purement historiques du droit d'un seul peuple, à côté des réflexions sur le sens juridique universel, ne sont qu'une « micrologie », Savigny réfute ce mépris qui vise son travail sur le droit romain et insiste sur l'idée que l'histoire se doit être détaillée : « Tout homme raisonnable, en effet, ne peut avoir que du dédain pour la micrologie, mais une connaissance précise et rigoureuse des détails est d'autant plus indispensable à toute histoire qu'elle est au contraire la seule chose qui puisse être la garante de sa valeur. Une histoire du droit qui ne repose pas sur la recherche approfondie du détail particulier ne peut rien donner d'autre, sous le couvert d'amples manières de voir et d'idées fortes, qu'un ergotage commun et superficiel sur des faits à moitié vrais et j'estime un tel procédé tellement vide et si stérile que je lui préfère l'empirisme le plus grossier. » « Opinions pour et contre de nouveaux Codes », *op. cit.*, p. 139.

datis, car l'histoire du droit pour lui devrait être une histoire qui, tout en se basant sur des supports empiriques, retrace pourtant le véritable sens du droit.³⁶⁹ Et de là, on arrive au fameux historique savignicien, celui qui décrit le procédé « vraiment historique », doté de l'esprit de systématisation et qui ainsi arrive à saisir la diversité dans l'unité.³⁷⁰ Ainsi entendu, l'historique devient le modèle nécessaire de la science du droit, et le terme est utilisé comme quasi synonyme de qualité scientifique — « la science juridique tout entière elle-même n'est rien autre qu'histoire du droit. »³⁷¹ La multiplicité de ces emplois terminologiques témoigne d'une grande créativité théorique chez Savigny dans sa conception d'une nouvelle approche, mais elle montre aussi combien la clarté manque à ses concepts, et que chez lui il n'y a pas vraiment de théorie de l'histoire proprement dite. Son insistance sur l'approche historique pour le droit rencontre déjà suffisamment de difficulté à convaincre — les approches non-historiques sont-elles pour autant moins scientifiques ? Une science historique est-elle à même de nous dire à quel point nous devrions nous relier au passé ou rompre avec lui ? L'ambiguïté de sa notion d'histoire n'aide pas à la situation, et ainsi le juriste est encore pris dans des critiques contradictoires, taxé d'être non-philosophique par certains³⁷² et anhistorique par d'autres.³⁷³

³⁶⁹ C'est ce qui distingue Savigny de Gustav Hugo (1764-1844), même s'il a tenté de présenter ce dernier en tant que précurseur de l'École historique du droit. Hugo ne partage pas la notion savignicienne de science historique et ne voit pas le lien nécessaire entre l'histoire et la science du droit. Voir J. RÜCKERT, « Savigny et la méthode juridique », *op. cit.*, p. 83-84 ; O. JOUANJAN, « Savigny et le "tournant philologique" de la pensée allemande : pour une lecture métaphysique de la science historique du droit », *op. cit.*, p. 107-109.

³⁷⁰ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 38.

³⁷¹ Phrase provenant de sa recension en 1806 du *Traité d'histoire du droit romain* de Hugo ; citée dans *Ibid.*, p. 38-39.

³⁷² Notamment Eduard Gans (1797-1839), juriste et historien du droit hégélien, qui pointe le manque de raison philosophique claire dans la conception de l'École historique, ce qui fait que les travaux historiques réalisés sous cette bannière ne sont pas dirigés vers un but commun et supérieur qui éclairerait la situation actuelle. Il déplore même une « haine de la philosophie » qui serait issue de l'École. Voir A. DUFOR, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *op. cit.*, p. 212-213 ; N. WASZEK, « L'histoire du droit selon Edouard Gans. Une critique hégélienne de F. C. von Savigny », dans J.-F. Kervégan et H. Mohnhaupt (éd.), *Recht zwischen Natur und Geschichte / Le droit entre nature et histoire*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1997, p. 257-280 ; O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 55-63.

³⁷³ Notamment Otto Gierke (1841-1921) qui, dans le contexte du conflit entre Romanistes et Germanistes à l'égard du droit national, reproche à l'École historique de ne pas avoir assumé son historicisme et d'avoir imposé la priorité du droit romain sur le droit germanique, tendance qui n'était pas affichée dans la méthode originelle de l'École mais qui, selon Gierke, trouve déjà son origine chez Savigny. Voir O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 78-95. Une autre critique provient de Böckenförde, selon qui la notion d'histoire de l'École décrit plutôt une **nature** imaginaire de la conscience du peuple, que l'historicité du droit : « Dans cette conception de l'histoire, se manifeste une pensée évolutionniste organique. L'histoire n'est pas conçue comme le mode véritable de ce qui advient (*der eigentliche Modus des Geschehens*), mais réduite à n'être que l'espace de déploiement d'une évolution de nature (*Entfaltungsraum einer Natur-Entwicklung*) qui s'accomplit organiquement à partir d'un principe immanent. [...] On s'extrait hors de l'histoire, on la réfléchit et, de là, on tire le critère d'explication et d'organisation du présent. Mais il s'agit là d'un historicisme anhistorique. » E.-W. BÖCKENFÖRDE, « L'École historique du droit et le problème de l'historicité du droit », O. Jouanjan (trad.), dans E.-W. Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2000, p. 59. « La "conception historique du droit" développée par l'École historique du droit conduisait donc, au bout du compte, à un concept anhistorique du droit. Non seulement elle ne pouvait faire

Il est ici un facteur contextuel qui n'est pas sans importance. En réalité, ces critiques qui visent la pertinence de la méthode historique de Savigny se trouvent sous la même condition sémantique que sa souplesse terminologique : le glissement de signification des deux mots allemands qui exprimaient des idées différentes mais que l'on peut aujourd'hui toutes mettre sous la notion d'histoire. D'après les travaux de Koselleck, les mots « *Historie* » (qui signifie le récit de ce qui s'est passé ou les sciences historiques) et « *Geschichte* » (qui signifie originellement le fait ou une série d'actes passés) ont subi un grand changement dans leurs usages à partir de la deuxième moitié du XVIII^e siècle, notamment avec une croissance importante de l'emploi de *Geschichte*, qui menaçaient de remplacer *Historie* dans le langage usuel et de récupérer sa signification. Ce phénomène avait pour conséquence de nouveaux usages du mot *Geschichte* qui comprenait depuis lors non seulement les faits passés mais aussi les connaissances et les enseignements que l'on peut en tirer, à la fois la réalité et le sens de cette réalité. « La *Geschichte* en tant qu'ensemble d'actions s'est trouvée absorbée dans la connaissance de celle-ci. »³⁷⁴ À cela s'ajoutait un autre mouvement linguistique survenu à peu près au même moment, dans les années 1770 : l'apparition du singulier collectif du mot *Geschichte*. Dès lors, on avait donc la possibilité de concevoir, à l'aide du langage, une « histoire en soi », qui se présente en tant que faits empiriques rassemblés sous une unité.³⁷⁵ Ce séisme sémantique agissait au plus profond des réflexions philosophiques qui ne sauraient s'opérer sans le langage, et une philosophie de l'histoire aurait été impensable sans que l'on ait pu d'abord se référer à une telle entité qui a fait s'écrouler les frontières significatives des vieilles terminologies et a ouvert un nouvel espace dans la conscience linguistique. C'était une époque intense où le temps semblait s'accélérer³⁷⁶, et les questions sur le sens de l'histoire se posaient de plus en plus, constituant un poids sur le présent, sur l'agir humain. Au vu de ces

barrage à la science juridique conceptualiste (Begriffsjurisprudenz.) de Gerber, Ihering et Laband, mais mieux : elle en fut elle-même le précurseur. » *Ibid.*, p. 64.

³⁷⁴ R. KOSELLECK, « Historia magistra vitae. De la dissolution du topos dans l'histoire moderne en mouvement », J. Hooek et M.-C. Hooek (trad.), dans R. Koselleck, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris, EHESS, 2016, p. 69.

³⁷⁵ Voir aussi R. KOSELLECK, « Le concept d'histoire », A. Escudier (trad.), dans R. Koselleck, *L'expérience de l'histoire*, Paris, Gallimard, 1997, p. 19-134 ; du même auteur, « Du caractère disponible de l'histoire », J. Hooek et M.-C. Hooek (trad.), dans R. Koselleck, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris, EHESS, 2016, p. 275-290.

³⁷⁶ Voir R. KOSELLECK, « Le futur passé des Temps modernes », J. Hooek et M.-C. Hooek (trad.), dans R. Koselleck, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris, EHESS, 2016, p. 39-58.

circonstances, si l'ambiguïté terminologique chez Savigny ne permet pas de reconstruire de manière cohérente la notion d'histoire savignicienne, elle en dit beaucoup sur les conditions épistémologiques, très symptomatiques de l'époque, auxquelles le juriste n'échappait pas et sur lesquelles sa méthode se formait et prenait sens.

Section 4 Historicité : l'empiricité du droit et ses particularités

Quoi qu'il en soit, de notre point de vue archéologique, ce qui compte n'est pas vraiment ce que Savigny pense de la notion d'histoire, mais le fait qu'il voit réellement une dimension temporelle dans les matières juridiques, et que cette vision conditionne fondamentalement sa manière de traiter celles-ci. Même en donnant raison à ses critiques — que sa méthode historique ne serait pas vraiment historique (mais cela dépend encore une fois de ce que chacun entend par historique), ou que cet historique, qui ne serait au fond rien d'autre qu'une conception organique, aurait surtout insisté sur l'étude des représentations historiques plutôt que d'avoir proposé un véritable alternatif méthodologique autre que la systématisation (mais peut-on réduire le potentiel d'une méthode à ce qui en découle effectivement, en l'occurrence, le conceptualisme ?) —, il est indéniable qu'une certaine historicité apparaît bel et bien dans son modèle scientifique, et elle est moins un concept qu'un mode d'être, même si Savigny ne l'aurait pas formulée ainsi. En effet, l'histoire interne du droit dans la méthode savignicienne est comme la documentation naturellement présente dans l'effectivité du droit, qui trace le devenir de ce dernier et ainsi en permet une lecture ou une interprétation logique. Construire une connaissance à partir de l'histoire interne est une méthode qui consiste à connaître un objet avec seulement des indices évolutifs contenus dans ce même objet, à la manière dont on analyse une roche seulement à partir de ses différentes couches et cristallisations, ou un fichier informatique à partir seulement de son « historique », qui porte bien son nom. Les traces sédimentaires présentes dans un objet incarnent le temps passé qu'il a vécu. Elles sont les signes des faits qui se sont succédé et dont les représentations se retrouvent maintenant réunies et contemporaines dans une seule entité. Elles documentent l'évolution de son

environnement (les couches minérales documentent des événements géologiques ; les cernes botaniques documentent des évolutions climatiques ; les différents éléments requis pour établir un rapport juridique documentent des mœurs, des considérations législatives, des opinions des juristes, des influences étrangères, etc.), et constituent ainsi l'unité et l'identité de cet objet. La connaissance obtenue de leurs études a ceci de particulier qu'elle ne nécessite aucun critère ni principe qui ne se représente pas déjà dans l'objet étudié. Il s'agit donc d'un traitement dont on suppose que l'objectivité scientifique ne peut être acquise qu'en reconnaissant le donné tel quel, en lui accordant une indépendance à son échelle et à sa manière, et en lui construisant une logique interne d'après les indices qui s'y trouvent. Cette dimension devrait être comprise comme une spécification de l'organisme savignicien, car une étude qui porte sur un être organique peut s'en rapprocher de diverses manières, et il n'est pas obligatoire de s'en tenir à la dimension historique (pour étudier un arbre, on peut aussi observer la forme de ses organes, le type de nervation, son horloge biologique journalière et saisonnière, etc.). Mais le droit en tant qu'organisme tel que Savigny l'entend ne peut pas ne pas être saisi par cette dimension-là. C'est pour lui la seule manière de considérer le droit en tant que tel, c'est-à-dire un système dont l'identité et l'indépendance peuvent, grâce à son vécu documenté et repéré, être discernables. Concrètement, pour accéder à l'histoire interne du droit, Savigny s'appuie sur la littérature juridique depuis le droit romain jusqu'à son époque, y exerce le travail philologique, compare les différents modèles des rapports juridiques documentés comme s'il s'agissait de matières, jusqu'à ce que des règles entre eux puissent s'en déduire. Sur ce travail de base, Savigny exerce encore la systématisation — c'est-à-dire l'opération consistant à organiser et conceptualiser la logique interne qu'il trouve dans son objet, puis à la généraliser en tant que principe.³⁷⁷ Ainsi on comprend la méthode savignicienne, ses différents aspects et leurs interactions, résumées dans cette phrase : « remonter jusqu'à la racine d'une matière donnée pour mettre ainsi au jour son principe organique »³⁷⁸.

³⁷⁷ Voir J. RÜCKERT, « Savigny et la méthode juridique », *op. cit.*.

³⁷⁸ F. C. von SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, *op. cit.*, p. 106.

Cette manière de penser le droit par son histoire interne et, par là-même, de penser la science du droit en tant que science historique se manifeste bien, peut-être mieux que son discours déclaratif des écrits programmatiques ne l'a fait, dans la pratique concrète de ses travaux scientifiques, et notamment dans son *Système du Droit Romain actuel*³⁷⁹. Pour exposer l'application de cette méthode historique savignicienne, Joachim Rückert prend pour exemple l'explication donnée par Savigny quant à la formation de l'enrichissement sans cause, concept qui a fait son chemin depuis le droit romain jusqu'aux codes civils d'aujourd'hui. Savigny ne rattache pas ce principe de droit de répétition à une quelconque idée d'équité ou à d'autres raisons supérieures, mais plutôt à un élément commun qu'il découvre en analysant deux hypothèses représentées respectivement par deux cas juridiques fondamentaux mais visiblement différents l'un de l'autre : la *vindicatio* et la demande en restitution en cas de prêt. Cet élément commun est l'absence de cause qui autorise la conservation de la chose disputée, lequel, d'après l'analyse de Savigny, constitue le principe fondamental de la répétition. Autrement dit, ces deux hypothèses peuvent être considérées comme des déclinaisons du même principe, lequel fonctionne comme un facteur directeur qui assure une certaine unité dans des solutions juridiques. Mais le plus important dans cette démonstration est le fait que le principe n'est déduit de rien d'autre que de ce qui est donné dans les matières juridiques, et ceci est possible parce que ces dernières sont présumées composées d'éléments qui forment naturellement un ordre organique. La particularité de la méthode de Savigny réside justement dans cette opération qui consiste à voir, à travers une enquête philologique des matières juridiques, les éléments présents dans ces dernières comme des expressions des principes invisibles. Il faut néanmoins, Rückert y insiste, souligner le contexte dans lequel cette méthode acquiert chez Savigny le statut de paradigme scientifique : car l'objet de Savigny, le droit romain, est un système parfait pour des interprétations basées sur la prémisse d'une « unité interne », et son terrain privilégié, le droit privé, est souvent comparé avec la langue, développée naturellement au sein d'une culture avec une cohérence interne.³⁸⁰

³⁷⁹ *System des heutigen römischen Rechtes* en 8 volumes publiés entre 1840-1849 ; une traduction française est disponible sous le titre : *Traité de droit romain*, C. Guénoux (trad.), Paris, F. Didot frères, 1860, 8 vol.

³⁸⁰ J. RÜCKERT, « Savigny et la méthode juridique », *op. cit.*, p. 89.

L'importance de Savigny, du point de vue archéologique, est ceci : non seulement il devient possible d'imaginer le droit comme quelque chose d'empirique, mais aussi et surtout, on obtient une technique concrète pour saisir cette empiricité, pour manier le droit et ses matières comme s'il s'agissait d'êtres qui ont réellement une épaisseur temporelle, et précisément par leur épaisseur temporelle. Sa légitimité et son effectivité mises à part, cette technique constitue une véritable nouveauté dans l'épistémologie du droit, nouveauté incarnée par un modèle scientifique qui suscite chez nous les contemporains un sentiment ambivalent : une partie de ce modèle semble demeurer toujours dans les manières dont le droit est traité aujourd'hui, elle en constitue même une technique de base ; l'autre partie est, par contre, tombée complètement en désuétude. De notre point de vue archéologique, cette ambivalence ne s'explique ni par des failles qu'il peut y avoir dans ce modèle, ni par le niveau de perfection de la scientificité que les contemporains ont souvent l'impression d'avoir atteint, mais par les décalages dans la conception des sciences qui le sépare du paradigme d'aujourd'hui. Ces aspects qui ont eu des sorts si différents ont pourtant tous deux un rapport avec cette historicité qui caractérise l'empiricité du droit.

Section 5 Le devenir du droit : émergence et déclin d'un nouveau paradigme de la science juridique

Pour le comprendre, il faut d'abord remettre l'apparition de l'histoire interne dans son contexte archéologique. Ce à quoi la connaissance établie à partir de l'histoire interne s'oppose, c'est à celle qui est établie à partir du grand tableau, à partir de l'idée selon laquelle l'utilité ultime de la science consiste à découvrir l'Ordre général dans lequel se trouvent tous les objets et les créatures. Il peut sembler trop abstrait de le formuler ainsi, mais on peut essayer d'appliquer cette formulation à des échelles concrètes et limitées. Reprenons un des exemples mentionnés plus haut : l'établissement de la connaissance d'une roche. On peut partir de sa localisation, analyser son environnement, repérer la distribution du même type de matière minérale sur une certaine surface, établir des corrélations entre différentes matières minérales, etc. Les informations que l'on obtient de cette manière concernent non seulement la roche elle-

même, mais aussi d'autres choses et conditions relatives grâce auxquelles on sait maintenant où la situer (sa dispersion sur un espace, la densité de sédimentation dans un échantillon, sa place dans le classement de la dureté, son emplacement dans une taxinomie, etc.) La connaissance de cette roche présuppose la connaissance du tableau dont elle est un élément parmi d'autres, et vice versa ; la science qui a pour but de dévoiler de telles connaissances ne limite pas ses raisonnements au seul objet observé, car elle-même ne serait pas possible sans avoir déjà fixé, à l'extérieur de cet objet, la structure et les critères qui l'encadrent. Mais c'est une chose d'établir une connaissance à partir de ce rapport entre l'ordre général et la représentation d'un objet qui s'y trouve, c'en est une autre de concevoir une science dont le paradigme serait ce type de connaissance. Ce dernier cas implique une certaine idéologie pour la science : ce qui est digne du nom de science, ce que la science est censée apporter, ce sont les connaissances qui reconstruisent, une partie à la fois, l'organisation de l'Ordre, le grand tableau. Selon ce paradigme, les choses contiennent bien évidemment leurs traces évolutives, mais celles-ci n'orientent pas l'intérêt scientifique et doivent même être analysées dans l'optique de la reconstitution du grand tableau. C'est dans ce sens paradigmatique qu'il faut entendre la notion foucauldienne de l'épistémè : il n'est pas question de l'existence de certains concepts, mais de ce que ceux-ci signifient pour la science — l'homme en tant que concept a toujours existé, mais il existe pour la première fois pour la science, en tant que source de questions et de réponses, avec la naissance du modèle des sciences humaines. Aussi, de même on peut dire que l'historicité des matières juridiques n'était pas une idée inconcevable avant Savigny, mais elle représente depuis lors un intérêt particulier pour la conception paradigmatique de la science du droit.

C'est de cette manière que l'École historique quitte le paradigme du droit naturel : l'idée d'un cadre extérieur au droit, qui le dirige et qui est universellement valable doit être abandonnée, car l'historicité du droit n'est plus seulement une de ses dimensions, mais la seule qui lui est propre et qui peut donner intelligibilité à son existence. C'est dans ce sens que l'on peut reconnaître que le modèle savignicien appartient à l'épistémè moderne, à la manière des sciences humaines qu'étudie Foucault qui quittent le paradigme du Grand Tableau, de l'étendue de la *taxinomia* dans lequel les éléments se

relient et se réfèrent les uns aux autres — le jeu de la représentation —, pour découvrir le mécanisme caché dont la nappe des représentations n'est que l'effet : des synthèses, des organisations ou des systématisations, ces forces invisibles qui ordonnent des éléments visibles et qui constituent, par rapport à l'étendue horizontale de la représentation, la « verticalité obscure » du savoir. Il sera désormais question de ces « grandes forces cachées développées à partir de leur noyau primitif et inaccessible ; [il sera question] de l'origine, de la causalité et de l'histoire ». ³⁸¹

Dans le domaine du droit, tout en lui reconnaissant le caractère positif, ce changement de paradigme cherche pourtant à reproduire un trait distinctif de la tradition jusnaturaliste qui appartient à l'épistémè précédente : l'unification du phénomène du droit et de la rationalité qui le dirige. Ou plus précisément, la réunification. Car depuis

³⁸¹ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, op. cit., p. 263.

Foucault analyse cette verticalité obscure et originale dont l'apparition marque l'épistémè moderne à travers ce qu'il appelle des « quasi-transcendants » : le Travail, la Vie, le Langage. Cette qualification signifie que ces notions occupent dans chacune de leur science une place fondamentale, là où se trouve la source d'explications pour tous les éléments du système ; elles sont pour ainsi dire les *a priori* à l'intérieur du système.

Selon Foucault, même si la question du travail était traitée chez Adam Smith (1723-1790), le Travail a obtenu ce statut quasi-transcendantal avec Ricardo. Chez Adam Smith, le travail est une mesure des valeurs, car il relie d'un côté la quantité des forces ouvrières qui s'achètent et celle des marchandises de l'autre. Mais chez Ricardo, l'activité ouvrière devient l'origine de la valeur des choses. Le travail produit, il n'est donc pas simplement une mesure, mais « la source de toute valeur ». Et ainsi « la valeur a cessé d'être un signe, elle est devenue un produit. » (*Ibid.*, p. 266) Autrement dit, l'ancien système qui se focalisait sur des échanges, des conversions et des équivalences des valeurs est désormais pénétré d'une rationalité d'un tout autre type, celle de la causalité. Ainsi, une économie politique est née sur le territoire de l'analyse des richesses.

Dans le domaine des études des êtres vivants, Foucault oppose Cuvier à Antoine-Laurent de Jussieu (1748-1836). Ce dernier avait établi une méthode de classification rigoureuse qui déploie les êtres vivants d'après la règle de subordination des caractères ; composer le savoir des êtres vivants revenait à les identifier dans la *taxinomia* et les distinguer les uns des autres. Mais Cuvier a changé cette manière de considérer les vies ; il fait primer les fonctions biologiques (l'utilisable) sur les caractères (l'identifiable). Les organes qui étaient classés à la fois par leurs variables morphologiques et leurs fonctions, sont maintenant considérés en priorité par ces dernières. Ce faisant, des milliers de formes et de structures diverses des organes se voient d'emblée rangées sous des catégories qui sont en nombre peu élevé : la digestion, la respiration, etc. Un différent type de rapports s'est ainsi dressé parmi des organes qui auparavant étaient en relation seulement dans un rapport du même à l'autre ; ce nouveau type de rapport marque la coexistence, la hiérarchie interne et la dépendance. Il est désormais question non pas des vies, mais de la Vie, laquelle est la véritable origine de la connaissance biologique. Car c'est en fonction de l'importance pour le maintien de la vie que les organes, leur fonctionnement et leurs caractères divers vont être estimés. Ainsi voit le jour la biologie moderne : « Il n'y a plus, sur la grande nappe de l'ordre, la classe de ce qui peut vivre ; mais venant de la profondeur de la vie, de ce qu'il y a de plus lointain pour le regard, la possibilité de classer. » (*Ibid.*, p. 280)

Pour l'analyse des langues, Foucault expose le changement profond qu'a apporté toute l'œuvre philologique de Jacob Grimm (1785-1863), de Friedrich Schlegel (1772-1829), de Rasmus Christian Rask (1787-1832) et de Bopp. Avec leurs travaux, on comprend que si les mots signifient, ce n'est pas parce qu'ils sont nés avec des significations, comme si un sens était attribué à chaque son à sa naissance. C'est parce qu'ils composent des phrases significatives et ce d'après une série de règles grammaticales. Il y a bien sûr la fonction de représentation, mais elle n'est plus ce qui est le plus fondamental dans la construction d'une langue, car la signification n'apparaît que dans la structure grammaticale qui définit une langue. À partir de là, on peut comparer des langues différentes ; leurs frontières étaient souvent confuses puisque le sens des mots pouvait se traduire d'une langue à une autre, mais maintenant leur structure grammaticale, autonome et indépendante, permet de repérer l'individualité de chaque langue. On peut ensuite établir une histoire des langues, histoire qui n'appartient pas à la chronologie mais qui retrace l'évolution des caractères systémiques : une sorte de classement d'ancienneté des éléments linguistiques d'après leurs différents stades de formation que le travail de comparaison des langues permet de définir. Foucault souligne particulièrement l'importance de Bopp qui selon lui a redéfini l'essence du langage : l'origine de son effectivité n'est pas le fait que son système nous permet de nommer les choses, mais que nous, les êtres humains, voulons parler. « Le langage "s'enracine" non pas du côté des choses perçues, mais du côté du sujet en son activité. [...] On parle parce qu'on agit, et non point parce qu'en reconnaissant on connaît. » (*Ibid.*, p. 302-303).

l'effondrement du paradigme jusnaturaliste, la science ne peut plus ne pas admettre la possibilité voire la réalité de l'arbitraire dans le droit, son existence n'étant plus **dictée** par une quelconque rationalité. En même temps, dans la mesure où le fonctionnement du système juridique nécessite toujours un processus rationnel (des interprétations, raisonnements, organisations ou constructions), la science du droit à laquelle cette tâche est assignée ne peut pas se voir débarrassée du vieil objectif qui est son intégration dans le système juridique qu'elle traite. Créer une science du droit qui assume ce rôle, et sans quoi elle perdrait sa raison d'être, demeure un important pré-supposé de sa conception. Ce point-là, nous l'avons vu, est aussi un des caractères du modèle de Bentham, même si chez ce dernier il est apprécié assez directement, tandis que chez Savigny la même considération se manifeste indirectement et à travers l'élaboration de sa notion d'histoire et de sa méthode historique — nous l'expliquerons dans les paragraphes qui suivent. C'est pour cette raison-là que l'un comme l'autre ne se sont jamais vraiment débarrassés de l'idée et de la terminologie de « nature »³⁸² — ce qui leur a été reproché aussi³⁸³ — ; sa signification peut varier mais elle occupe toujours la même fonction, à savoir habilitier leur travail scientifique à devenir la dogmatique.

Mais à la différence de Bentham qui fait reposer sa « nature » sur un autre principe rationnel, le principe d'utilité, Savigny assoit la rationalité du droit non pas sur une quelconque idée, mais sur une forme, qui plus est, empirique. Tous les travaux historiques de Savigny visent à démontrer l'effectivité et la prédominance de cette forme dans la détermination du mécanisme suivant lequel le système du droit se forme. À la fois formelle et empirique — cette rationalité combine ainsi deux catégories scientifiques modernes mais opposées, et le résultat en est une théorie du droit qui par certains aspects semble le contraire de ce que signifie une science moderne. À cela

³⁸² Savigny emploie le terme « *natürliches Recht* » pour désigner l'aspect du droit qui reflète la vie et le besoin du peuple, à la différence de l'aspect « savant » ou « technique » du droit apporté par le travail de la science. (F. C. von SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, *op. cit.*, p. 55) Quant à Bentham, l'idée de naturel est liée au principe de l'utilité, et s'exprime notamment avec sa méthode d'organisation dite arrangement naturel. *Cf. supra*, Section 3 du Chapitre 1 de la Première Partie.

³⁸³ La critique formulée par Böckenförde à l'endroit de l'historique savignien, lequel serait en réalité anhistorique, est justement basée sur une vision qui décrypte la problématique de Savigny en tant que problématique de théorie de la nature, très courante au XIX^e siècle et dont J. G. Herder et Justus Möser sont les représentants par excellence. Selon Böckenförde, cette « nature » savignienne, définie à partir d'une conscience collective imaginaire d'un peuple, est très éloignée de la réalité sociale et est tirée de la conscience juridique des juristes seulement, « c'est-à-dire essentiellement du matériau juridique traditionnel et de ses figures ». « L'École historique du droit et le problème de l'historicité du droit », *op. cit.*, p. 62-63.

s'ajoute le fait que cette forme empirique est imaginée comme inhérente au droit qui est donné et, par là-même, elle désigne son identité — autrement dit, l'origine du nouveau paradigme scientifique est écrite dans la forme même de l'objet d'étude. Ce pacte scellé entre la science et son objet facilite la prétention d'une discipline juridique qui se veut à la fois scientifique (au sens où elle reflète fidèlement l'empirie) et dogmatique, car le droit en question, ce qui devrait déterminer une situation juridique et qu'il s'agit de trouver, ne peut maintenant être découvert que par une étude sur l'être du droit. En comparaison, le système de Bentham reste en soi théorique ; il est certes conçu pour devenir la dogmatique, mais cela ne dépend pas du système lui-même. La science historique de Savigny est la science du droit à l'ancienne (au fonctionnement de *Jurisprudenz*)³⁸⁴ qui s'est modernisée à l'aide d'une nouvelle notion de scientificité³⁸⁵ — ce résultat est le concours de facteurs et de considérations épistémologiques qui semblent se réunir tout naturellement lorsque l'on ne s'arrête pas à reconnaître le système juridique tel quel et que l'on commence à s'interroger sur la condition de sa possibilité, à savoir son propre mécanisme, sa propre grammaire. Le modèle savignicien a réalisé ce qu'un de ses critiques contemporains, Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833)³⁸⁶, trouvait impossible lorsqu'il dit : « L'histoire explique comment quelque chose est devenu ; comment et ce qu'est maintenant ce quelque chose, l'histoire ne l'enseigne pas. Ce qui relève de l'histoire n'est déjà plus pour la vie. »³⁸⁷ Car l'histoire enseigne, elle prescrit même. Une fois que l'on affirme, avec un traitement considéré comme rigoureusement scientifique, qu'elle est la seule qui puisse tracer, expliquer et désigner l'empiricité du droit, elle deviendra l'origine des problématiques et la source des réponses. Et si la primauté de la science exige que l'on tienne pour le véritable droit ce que seul la science aura affirmé, alors la version

³⁸⁴ Böckenförde le commente de manière très claire : « La "conception historique du droit" cherche, tout comme la doctrine du droit naturel, la réponse à une question qui n'est pas, en vérité, une question de type historique ou méthodologique et épistémologique, mais bien une question proprement philosophique : qu'est-ce que le droit et où trouve-t-il son fondement ? » *Ibid.*, p. 55.

³⁸⁵ On observe une croissance de l'emploi du terme « la science du droit » (*jurisscientia, Rechtswissenschaft*) à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle, mais c'est avec Savigny que ce terme s'est imposé dans le langage courant « des juristes allemands qui, tout au long du XIX^e siècle, sont à la recherche des conditions d'un "traitement véritablement scientifique du droit". » O. JOUANJAN, « Savigny et le "tournant philologique" de la pensée allemande : pour une lecture métaphysique de la science historique du droit », *op. cit.*, p. 111 n. 14.

³⁸⁶ Pénaliste et philosophe kantien, auteur du Code pénal bavarois de 1813. Son propos que nous allons citer provient d'une préface qu'il a consacrée à un ouvrage de procédure civile de 1816, intitulée « Quelques mots sur la science juridique historique et la législation allemande indigène ». Voir A. DUFOUR, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *op. cit.*, p. 211 n. 12, 13.

³⁸⁷ Cité dans *Id.*

savignicienne de cette primauté prescrirait ceci : faisons en sorte, pour notre présent et notre avenir, que nous partagions la même histoire que la science découvre de notre droit. Voici une explication purement formelle de la fameuse position de Savigny dans la querelle de la codification.

Aujourd'hui encore, la technique herméneutique consistant à créer un cercle rétroactif entre le droit positif et les réflexions sur celui-ci demeure une méthode de base pour le travail des juristes. Construire le droit en question comme s'il avait toujours été donné comme ce qu'il doit être — c'est de cette façon que la science du droit fait fonctionner la discipline, laquelle est le fondement du système et de la pratique juridique. Ce caractère est le propre de la science du droit, une tradition aussi lointaine que sa naissance, et sans doute la raison pour laquelle aussi son statut de science est souvent contesté à l'époque moderne. Ce que Savigny apporte à cette tradition est essentiellement une nouvelle hiérarchie : ce avec quoi le droit positif forme le cercle rétroactif doit de prime abord être lui-même — son origine, son histoire, son système et sa grammaire —, avant que d'autres considérations n'entrent en jeu. Ces dernières, dans cette optique, se voient donc cantonnées derrière la démarcation qui les sépare du droit et reçoivent leur nouveau statut de façon négative : aux yeux de la science du droit, ce sont des éléments non-juridiques — éthique, social ou politique. Le Grand Tableau dans lequel évoluait le droit est ainsi brisé et remplacé par un autre ordre, lequel met le mode d'être du droit en son centre. Sans nier l'importance de la cohérence systémique du droit, cette hiérarchie peut aujourd'hui sembler démunie de pertinence, surtout lorsque le droit est considéré comme un outil pour transformer l'ordre social ou politique actuel. Mais que l'empiricité puisse constituer elle-même un poids rationnel, que les concepts puissent convaincre non pas par leurs raisons mais par leur existence, au point de considérer la question du droit comme une question de sélection parmi les différents modes d'être des matières juridiques, cette technique particulière de pensée que l'École historique du droit a rendu possible n'a pas complètement disparu, même si ses possibilités peuvent aller au delà de ce que le fondateur de l'École lui-même aurait pensé, voire approuvé. Par exemple, fouiller dans l'histoire pour analyser les différentes étapes évolutives d'une question juridique présente déjà un modèle analogue au droit comparé moderne, même si ce dernier en tant que discipline ne se

limite pas à la dimension temporelle, ni à la frontière d'une culture, ni aux objectifs liés à des situations actuelles.³⁸⁸ Ou encore, s'interroger sur l'origine d'un concept du droit romain ou du droit allemand pour éclairer un élément non précisé dans la loi en vigueur, dans un contexte où les seuls liens avec la culture juridique européenne ont été établis soit par la colonisation, soit par la « modernisation » (c'est-à-dire européanisation) — cette pratique qui semble faire se retourner la force théorique de l'École historique contre elle-même est chose courante voire indispensable dans certains pays non-européens. Si ce genre de pratiques existent aujourd'hui, elles ne représentent évidemment pas l'héritage des **pensées** savigniciennes, mais la vision épistémologique que la méthode savignicienne a pu rendre concrète : dans ce monde, existent des matières juridiques qui sont des produits des modes de vie et qui documentent ces modes de vie dans leur épaisseur temporelle ; elles se présentent comme autant de ressources, d'enseignements et de raisons prêts à être adoptés, car leur empiricité, en tant que preuve de l'existence des besoins et des considérations réels qui légitiment des formes juridiques, et en tant que signe des rapports systémiques bien qu'invisibles, suffit pour justifier leur place dans les raisonnements. Il est difficile d'estimer la probabilité que cette vision épistémologique puisse tout de même émerger s'il n'y avait pas eu un Savigny, mais ce qui est sûr, c'est qu'elle n'existait pas en tant que méthode scientifique avant lui.

Il nous reste à évoquer l'autre partie de la nouveauté épistémologique que représente le modèle savignicien, celle qui ne peut plus tenir à l'égard des exigences scientifiques d'aujourd'hui. Il s'agit de la question de la division des sciences, et notamment de la dissociation du droit vis-à-vis d'autres sciences — et nous verrons que s'y joue la particularité du droit en tant qu'objet scientifique. En effet, si la montée au paradigme de la question de l'empiricité a d'une certaine manière renforcé, en lui prêtant une force théorique modernisée, le fonctionnement traditionnel de la science du droit — le pacte qui la rend partie intégrante du droit sans toucher au statut de « donné » de ce dernier —, c'est au même moment archéologique et sans doute dû à ce même

³⁸⁸ Pour le lien intime entre le droit comparé et l'histoire du droit ainsi que l'influence de Savigny sur la discipline, voir J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2015, chapitre intitulé « Comparative Law and Roots of Law ». Pour un exemple de ce en quoi le droit comparé d'aujourd'hui peut s'inspirer de Savigny, voir R. ZIMMERMANN, « L'héritage de Savigny : histoire du droit, droit comparé et émergence d'une science juridique européenne », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxvii, n° 1-2, 2013, p. 95-127.

mouvement épistémologique que, du point de vue d'autres entreprises scientifiques, la fusion entre la science et son objet comme ce qui s'exerce chez les juristes devient la faute première qui annulerait la validité même de la science. La division entre ces deux types de scientificité ne s'installe pas au niveau de la conception métaphysique des choses, car pour l'une comme pour l'autre, c'est bien le caractère empirique de l'objet qui rend valables et qui domine leurs modèles respectifs. Ce qui les divise est caché dans le devoir-être de la conception de chaque science : ce qu'une science par rapport à une autre devrait être, son identité reconnue et affirmée dans sa propre approche, son objectivité et sa neutralité vis-à-vis des influences des autres, les effets qu'elle cherche à réaliser ... en un mot, son utilité. Un même fait historique peut intéresser à la fois la science du droit et la discipline de l'histoire, mais la connaissance juridique qui en résulte ne peut être en même temps une connaissance historique conforme aux exigences scientifiques modernes, et ce à cause du simple fait qu'elle est nécessairement encadrée par l'intérêt de la science juridique et qu'elle se le reconnaît elle-même³⁸⁹ ; on peut ici remplacer la discipline de l'histoire par la sociologie ou par d'autres sciences empiriques, le problème restera le même. C'est là, pour les conceptions modernes instruites de la sociologie de Max Weber, la partie la plus périmée de la méthode historique de Savigny³⁹⁰ : son travail historique ne constitue pas une véritable entreprise de la science historique, et en outre, ne fait pas de lui un véritable historien ; du point de vue d'un historien de notre temps, il n'a pas quitté son rôle de juriste. Le problème se généralise en termes de rapport difficile entre le droit et la science dont la signification est aujourd'hui largement monopolisée par le modèle des sciences empiriques ; dans cette conjoncture, le droit se voit privé de l'habileté d'être un objet scientifique, ou alors il est considéré comme un objet scientifique particulier. La situation est telle qu'on a l'impression qu'il y a une sorte d'essence immuable du droit qui résiste au changement de paradigme scientifique — le spectre du droit naturel revient si facilement dès qu'une crise surgit. Mais ceci n'est peut-être pas sans raison. Par rapport à la science moderne qui sait maintenant maîtriser l'empiricité et a tendance, dans l'objectif d'assurer la scientificité, de faire de celle-ci

³⁸⁹ Même si rien n'empêche que cette connaissance juridique puisse être reconnue comme telle et traitée dans la discipline de l'histoire selon les critères des sciences empiriques modernes.

³⁹⁰ J.-L. HALPÉRIN, « Le recul de l'École historique du droit ou le déclin de la méthode savignicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 1, 2009, p. 115-116.

sa seule préoccupation, le droit continue à participer dans tous les aspects de la vie humaine de manière très complexe — proposer des solutions, soulever des questions, créer des problèmes par sa validité ou l'absence de celle-ci, se donner comme un outil, être imaginé scientifiquement ou voulu politiquement, exiger des dispositifs techniques, réaliser une philosophie puis la perdre dans les détails, etc. — et ainsi il semble toujours inciter celui qui le pense à occuper différentes positions, à penser au delà de son empiricité.

Section 6 La dimension anthropologique de la science du droit

Et nous voici devant une problématique typique du modèle anthropologique kantien interprété par Foucault : est-il possible, et comment, de penser toutes ces facettes du droit à travers seulement son empiricité ? Qu'est-ce que nous, les humains qui pensent, devons et pouvons faire du droit, et donc de nous-mêmes, maintenant que tout ce que nous pouvons saisir scientifiquement du droit n'est que son empiricité ? C'est une variation de la problématique anthropologique originale qui est fondamentalement une question pragmatique au sens kantien du terme : est-ce que l'homme en tant qu'être empirique arriverait à penser l'empirique ? À l'aide des notions philosophiques idéalistes et de l'imagination qu'il porte sur le peuple allemand, Savigny y voit une possibilité, bien qu'elle ne soit pas démontrée suffisamment clairement dans son modèle. Mais il est manifeste qu'il voit le donné du droit en tant que devenir, et ce devenir comprend nécessairement le penser sur le droit.

Il est évident que, en découvrant l'historicité interne du droit, en reconnaissant cette empiricité et en en faisant un usage direct dans la science du droit, Savigny, de cette manière, met l'homme, et rien d'autre qui lui serait au-dessus, au centre de tout type de question qui concerne le droit, et il essaie de théoriser cette manière de voir les choses. On peut ainsi y voir ce qui est analogue à ce que Foucault voit dans les sciences humaines : avec l'École historique du droit, l'*homo juridicus* existe pour la première fois pour la science du droit. La thèse de Foucault relie intimement cette empiricité et l'émergence de la question de l'homme dans la science. Cette corrélation dans ce

changement de paradigme est, encore une fois, difficile à expliquer en termes de cause et d'effet. Mais Foucault avec « Les Ménines », le tableau de Vélasquez, en propose une illustration très claire qu'il n'est pas sans intérêt de rappeler ici : lorsque la pensée ne se contente plus de constater la représentation effectuée dans le tableau, de comprendre que, par le reflet dans le miroir au fond de l'atelier et par les regards des personnages représentés, c'est le couple royal que le peintre dans le tableau est en train de représenter sur sa toile ; lorsque, ainsi, elle arrive à se demander — « Qu'est-ce qui rend effective cette représentation ? Qu'est-ce qui fait que l'on arrive à comprendre la thématique du tableau sans qu'elle y soit présente ? » — ; alors elle découvrira que la réponse réside en elle-même, dans le fait qu'elle occupe la même place que celle du couple royal (l'objet) et celle de Vélasquez (le sujet, l'auteur). C'est cette position de celui qui pense, ce double point de vue inconsciemment sollicité par les regards des personnages représentés quand la pensée se met à analyser le tableau, qui est à l'origine du jeu de la représentation et qui devient le nouveau problème de la pensée. « L'homme apparaît avec sa position ambiguë d'objet pour un savoir et de sujet qui connaît : souverain soumis, spectateur regardé, il surgit là, en cette place du Roi, que lui assignaient par avance les Ménines, mais d'où pendant longtemps sa présence réelle fut exclue. Comme si, en cet espace vacant vers lequel tourné tout le tableau de Vélasquez, [...] toutes les figures dont on soupçonnait l'alternance, l'exclusion réciproque, l'entrelacs et le papillotement — le modèle, le peintre, le roi, le spectateur — cessaient tout à coup leur imperceptible danse, se figeaient en une figure pleine, et exigeaient que fût enfin rapporté à un regard de chair tout l'espace de la représentation. »³⁹¹

³⁹¹ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, op. cit., p. 323.

Chapitre 3 Le droit devenu objet

Section 1 La finitude de l'homme et la positivité

Il nous semble important ici de préciser ce que n'est pas cette dimension anthropologique, apparue au tournant du XIX^e siècle et devenue le fondement de l'approche de l'École historique du droit. Elle n'est pas la place privilégiée autour de laquelle se construit la connaissance, comme chez les humanistes de la Renaissance ; elle n'est pas non plus le principe absolu depuis lequel découlent des systèmes universels, comme chez les naturalistes ou les rationalistes à l'époque classique ; elle est encore moins la réalité objective enfin découverte d'un regard reculé, comme chez les empiristes. L'historicité que Savigny a tracée a pour l'origine l'empiricité de l'homme, mais ce n'est pas une empiricité qui dessine l'état réel de l'homme de chaque instant. Si cette dimension anthropologique permet de mieux connaître l'homme, ce n'est pas au sens où l'on peut mieux décrire, classer ou comprendre les caractères humains, mais au sens où elle soumet la possibilité de la connaissance à la condition humaine : comme l'homme est une existence empirique tout en étant le sujet qui connaît, sa finitude nécessaire désigne à la fois la thématique et la limite de la connaissance.

D'après l'analyse de Foucault, les sciences humaines modernes ont un rapport circulaire avec la finitude de l'homme.³⁹² En construisant les connaissances sur le travail, le langage et la vie, ces sciences humaines — l'économie politique, la philologie, la biologie — retracent les limites de cet être qui désire, qui parle et qui comprend le monde vivant à partir de son existence biologique. Mais si elles sont possibles, si elles en viennent à établir les mécanismes internes de ces systèmes, c'est aussi parce qu'elles ont pour condition et fondement le fait que l'homme est fini. C'est ainsi que la positivité, désignant à la fois le statut ontologique de l'objet de

³⁹² *Ibid.*, p. 323-329.

connaissance et la limite de cette dernière, est devenue le champ épistémologique par excellence de ces sciences.

Que veut dire qu'une science est basée sur la finitude de l'homme ? Certainement pas que c'est une science dont la connaissance est « limitée » à ce qui appartient à l'homme, mais qu'elle est fondée sur une pensée qui arrive à saisir la structure de cette finitude et à établir des principes et des règles à partir de celle-ci. Selon Foucault, avant le tournant de l'épistémè moderne, la finitude de l'homme était ce qui l'empêchait de développer une connaissance absolue du monde, elle était un obstacle à la perfection scientifique, à l'obtention de la pure rationalité ; depuis l'époque moderne, elle est devenue ce à partir de quoi une véritable connaissance de l'homme est possible.³⁹³ On peut dire, plus directement que Foucault, que la limite de la science tirée de cette finitude ne relève pas d'une quelconque idée de circonscription, mais d'un *a priori* épistémologique.

Il est donc nécessaire de souligner que ce champ de connaissance, la positivité, est loin d'être un espace restreint ou épuisable, même si beaucoup de problématiques peuvent désormais sembler ne plus avoir lieu d'être depuis que la science est conditionnée par la pensée sur la finitude. Bien au contraire, il s'agit d'un espace nouvellement ouvert par cette pensée, et les positivités que l'on y découvre concrétisent chacune à leur manière l'ampleur, la structure et le fonctionnement d'un aspect de la finitude de l'homme, ce à partir de quoi elles se construisent en des systèmes. Ces positivités, leurs systèmes, peuvent donc paradoxalement sembler infinis. Lorsque, dans le domaine du monde vivant, on remplace le tableau des caractères biologiques par les fonctions biologiques, on rencontre cet objet mystérieux qu'est la vie, dont la conception est fondée sur la finitude de l'homme — sur la préoccupation de l'homme pour la vie lorsqu'il se reconnaît en tant qu'existence finie —, mais qui se présente comme un système d'une telle complexité qu'elle contient des vérités de l'homme que celui-ci ne connaît pas encore. Lorsque l'on est persuadé qu'il y a une « origine » dont dérivent les échanges éternels entre les valeurs, et que cette origine réside dans le travail — c'est-à-dire dans les efforts humains finis et calculables —, l'homme apparaît

³⁹³ *Ibid.*, p. 327.

aussitôt comme captif de la nécessité de comprendre son destin entre ses besoins et ses moyens, dans une logique d'échange qui le dépasse et à laquelle il ne peut échapper. Et lorsque la structure grammaticale, à laquelle chaque mot ou chaque composant d'un mot se réfèrent avant de prendre du sens, est identifiée, le langage en tant que produit proprement humain surgit comme un être plus ancien que l'homme qui, maintenant, découvre qu'il ne peut pas formuler ne serait-ce qu'une idée simple sans passer par les règles linguistiques dont il n'est souvent pas conscient. Ces positivités qui ne seraient pas possibles si l'homme n'avait pas cherché à se comprendre à partir de lui-même, une fois découvertes, s'avèrent d'emblée comme quelque chose qui lui est extérieur et antérieur, et qui anticipe tous ses mouvements voire conditionne son existence entière. Elles se fondent sur la finitude de l'homme, la dépassent et se développent comme des êtres dotés de pouvoir de détermination des contenus de la connaissance qui semblent maintenant infinis. Elles sont désormais à la fois des êtres qu'il faut connaître et l'origine de toute connaissance : les « quasi-transcendants »³⁹⁴ — ainsi appelle Foucault ces empiriques qui assurent en même temps le travail des *a priori*.

Section 2 La formation de la positivité du droit

Le droit selon l'École historique a le même trait que ces sciences humaines analysées par Foucault. Il tire son origine d'une condition anthropologique pour finir par s'accomplir en tant que positivité que les êtres humains, à leur tour, cherchent à comprendre comme s'il s'agissait d'un donné qui leur préexiste, ou d'une rationalité qui leur est supérieure et qui leur rappelle combien ils sont limités. Il est donc normal que l'historicité de Savigny semble trahir le véritable sens de l'histoire — si on entend par là le sens d'une rationalité supérieure qui est censée guider le droit — et que sa notion de conscience commune ne reflète pas l'image réelle de la population, puisque derrière la question « Qu'est le droit ? », ce n'est plus l'homme qui élabore son objet ; c'est le droit, déjà un objet, qui détermine ses propres phénomènes et qui ne se dévoile à l'homme qu'à travers ceux-ci. C'est pour cette raison-là que la science du

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 262.

droit de l'École historique donne l'impression d'être à mi-chemin vers un véritable empirisme ou positivisme. Il serait d'ailleurs dommage de considérer leur approche non pas comme quelque chose de novateur en soi, comme ce que nous découvrons ici avec un regard archéologique, mais comme quelque chose d'inachevé.

La conception savignicienne du droit formulée avec des idées organicistes ne dit pas autre chose que le droit est une telle positivité et que c'est sur ce fait-là que la science du droit trouve sa possibilité : tout en étant une expression de l'esprit du peuple, extraite et raffinée à partir de ses besoins concrets et de son histoire, le droit s'est complexifié, s'est doté d'une rationalité, et sans renoncer à son empiricité anthropologique, est devenu ce système autonome auquel les esprits majoritaires n'ont plus d'accès direct ; d'où l'ordre des juristes chargé de ramener les matières du droit, depuis leur « atelier obscur »³⁹⁵, sous la lumière. Le langage savignicien au registre empirique et illustratif présente certes une nouvelle conception du droit, mais en le faisant, il lui crée aussi une nouvelle qualité scientifique qui du même coup détermine le modèle de sa connaissance.

Mais c'est Puchta, le plus important disciple de Savigny, qui théorise la qualité scientifique du droit en tant que positivité — sans la formuler ainsi — avec un langage philosophique. Pour déterminer l'assise du droit, Puchta met en comparaison deux notions philosophiques traditionnelles, la Raison et la liberté. Pourtant, ces deux notions n'ont pas eu à traverser une longue dialectique pour acquérir leur définition chez Puchta ; elles semblent d'emblée imprégnées de sens d'après son point de vue, lequel est tout aussi naturel sans jamais être remis en question. Ce point de vue est justement celui de l'homme qui reconnaît dans le droit ses propres faits et qui, à partir de cette reconnaissance anthropologique, cherche à établir les règles qui régissent le droit en tant que système autonome. Ainsi, les deux notions, comme destituées de l'aura de concept pure et infini telle qu'elles l'avaient chez Kant, se retrouvent au même niveau que et postérieur à l'humain, un être fini. Ayant pour condition cet être vivant moitié spirituel, moitié naturel, la Raison et la liberté sont saisies par Puchta non pas

³⁹⁵ Le terme vient de G. F. Puchta, dans « Encyclopédie », O. Jouanjan (trad.), dans *L'esprit de l'École historique du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 50.

en tant que conceptions accomplies en soi, qui fonctionnent à l'image des idéaux grâce auxquels l'homme sait comment s'améliorer. Elles sont des facultés que possède l'homme et qui, en étant à sa disposition pour faire face à ses conditions existentielles, participent à la constitution de celles-ci. Tout commence donc par la finitude de l'homme ; puisque l'homme est fini, la Raison et la liberté ont aussi leurs limites. À l'exception d'un seul cas, la seule possibilité où on peut imaginer ces deux facultés spirituelles comme infinies : c'est-à-dire chez un être non humain et qui existe en tant que pur esprit — Dieu. Mais alors on perd tout intérêt à distinguer ces deux facultés, car la Raison de Dieu n'est que sa libre volonté se mettant en pratique. En les imaginant infinies, on supprime leur concevabilité dans ce monde. C'est dire que nous sommes dans un monde entièrement défini par la finitude de l'homme, que même les concepts s'effacent en en quittant la frontière. « Nous ne pouvons attribuer la Raison à Dieu ; pour Lui, rien n'est nécessaire ; le nécessaire n'est pas autre chose, pour Lui, qu'un acte libre de son esprit. »³⁹⁶ La Raison n'a de sens que chez l'homme, et Dieu se distingue par ce que l'homme ne peut pas être, c'est-à-dire infiniment libre. Et en tout état de cause, « le concept du droit ne s'est développé que par un lent progrès à partir du moment où l'homme est sorti de sa relation originelle à Dieu. »³⁹⁷

Puchta définit la Raison en tant que faculté humaine qui permet à l'homme de connaître la nécessité, et la liberté en tant que celle qui lui permet de se déterminer par sa propre volonté, que ce soit pour le bien ou pour le mal. L'existence du mal signifie que la liberté humaine est finie, que certaines choses lui sont interdites parce qu'elles sont irrationnelles (physiquement impossibles ou non souhaitables, ou moralement condamnables). Mais la possibilité de choisir tout de même le mal signifie qu'il n'y a en réalité pas de limite dans l'exercice de la liberté humaine pour qu'elle demeure ce qu'elle est, et que la transgression ne supprime pas pour autant son effectivité ; bien au contraire, elle la démontre. Pour Puchta, c'est justement dans ce caractère indécis de l'exercice de la liberté, auquel s'oppose le nécessaire de la Raison, que réside la possibilité du droit. On reconnaît ici l'opération qui renvoie décisivement le droit et sa connaissance à la logique de la positivité : tandis que la possibilité d'imperfection et

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 34.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 44.

d'arbitraire — des marques positives de l'homme fini — à laquelle est exposé le droit est reconnue chez Bentham (le dernier des classiques) et chez Kant (le premier de l'épistémè moderne) comme quelque chose auquel la science du droit, avec la primauté scientifique et la systématisation, devrait porter remède, chez Puchta, la rationalité d'un système du droit se définit par sa capacité d'anticiper la finitude de l'homme — son imperfection, son inclination naturelle, ses erreurs et ses difficultés face à l'exigence de la Raison —, non pas pour le diriger vers le mieux, ni même pour accepter ses défauts, mais simplement pour le reconnaître comme tel. « L'homme n'est moralement libre qu'à partir du moment où il se décide pour le bien [...] En revanche, l'être humain est juridiquement libre quelque soit le choix qu'il ait pu faire, le pécheur tout autant que le juste » ; « la liberté morale est la liberté par rapport à l'asservissement au péché, la liberté juridique est la possibilité d'une volonté en tant que telle. »³⁹⁸ — et de là sera né un principe formel de l'origine du droit. Le droit doit être systémique et rationnel, mais ce n'est pas cela qui désigne la particularité du droit, qui explique son « identité ». Que le droit soit possible, qu'il soit ce qu'il est et non pas autre chose, ceci n'est pas dû à ce que l'homme choisit, ni à une quelconque idée qu'il adopte, mais au fait qu'il **peut** choisir, et ce dans le cadre d'une existence naturelle, c'est-à-dire finie. « Le droit est reconnaissance d'une liberté qui revient uniformément aux êtres humains en tant que sujets porteurs d'une puissance de volonté. » « Le droit appréhende la volonté non pas dans sa décision pour le Bien ou le Mal, mais la volonté pure et simple, comme potentialité, comme puissance. »³⁹⁹ Ainsi, Puchta assoit le fondement du droit dans l'homme, dans son empiricité ; non pas dans ce que celle-ci exprime, mais dans la structure par laquelle elle s'exprime — une empiricité formelle, ou une forme empirique.

Héritier de la même pensée organiciste que Savigny, Puchta revisite la question de la genèse du droit et tient la même position d'après laquelle l'origine du droit en tant qu'ordre juridique général repose dans l'esprit du peuple. Puchta explique ce point en poursuivant la thèse selon laquelle le sens du droit commence là où une liberté juridique est reconnue comme telle, et constate que le peuple, comme l'être humain, se dote

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 38.

³⁹⁹ *Id.*

d'une telle liberté ; seulement il s'agit ici de la volonté individuelle, et là de la volonté générale, la volonté de l'ensemble. Ces deux types de volonté, en tant que pure puissance ou potentialité, n'ont au fond aucune différence. « Le droit [...] comme volonté générale, est lui aussi volonté de l'homme »⁴⁰⁰ — ainsi Puchta rejette catégoriquement la distinction courante basée sur les qualifications objective et subjective du droit ; que ce soit le peuple ou les individus, ils sont tous porteurs du même type de liberté. Sauf que, du simple fait que l'instance de la volonté générale relève du peuple, de la conscience commune, le droit formé à ce niveau-là constitue la condition du droit relevant de la volonté individuelle. Ce dernier qui s'exprime sous forme de puissance juridique à l'image exemplaire du droit de propriété, n'est effectif que grâce à la volonté générale, laquelle s'exprime en tant que règle de droit ou prescription juridique. Le véritable fondement du droit se précise maintenant encore un peu plus : non pas l'homme en tant que simple être humain, mais le peuple en tant qu'homme, en tant qu'il est l'instance où réalise la conscience juridique de l'homme.

Laissons de côté les facteurs idéologiques qui se concrétisent dans la conceptualisation du peuple en tant qu'origine du droit ainsi que la pertinence théorique de cette approche. Ce sont les fonctions épistémologiques qu'assure le concept de peuple développé chez Puchta (que partage aussi Savigny) qui nous intéressent ici. Il y a dans ce concept deux volets qui s'ouvrent à des directions opposées et qui sont liés par le signifiant de « peuple ». L'un s'entretient avec le monde empirique, certes non pas à travers des phénomènes empiriquement avérés, mais à l'aide de concepts qui sont tout de même d'ordre empirique : la conscience populaire, l'inégalité originelle⁴⁰¹, les

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 41

⁴⁰¹ Il s'agit de la version de Puchta de l'« état naturel », dans le cadre de l'explication de la nécessité originelle et de la fonction anthropologique du droit. Les conceptions de l'inégalité et du nivellement que le sens du droit est censé apporter comme remède sont liées à la façon par laquelle Puchta envisage un concept formaliste de droit tout en se basant sur des notions empiriques. « Dès le commencement, le droit est donné à l'être humain dans le monde, en tant que l'un des liens qui associent les êtres humains et déterminent leurs rapports terrestres. Les individualités qui emplissent le monde se détruiraient et s'épuiseraient les unes les autres sans un tel lien. Dans le règne de la nature, ce sont les genres et les espèces qui forment ce lien qui tient ensemble les inégalités. Chaque chose naturelle est une individualité et en tant que telle, inégale par rapport à toute autre mais à des degrés variables. [...] Dans le règne de l'esprit, ce sont des liens spirituels qui sont destinés à tenir ensemble les différentes individualités. En effet, il y a dans l'esprit, indissociablement attaché à la nature, la même pulsion à se distinguer des congénères, une pulsion qui, non maîtrisée, conduit à l'orgueil, à l'égoïsme et à la haine. [...] C'est pourquoi l'être humain a reçu deux guides grâce auxquels cette pulsion n'est certes pas réprimée, mais doit être orientée et maîtrisée. Le premier est l'amour, [...] Le second [...] est le sens du droit, lequel droit est précisément destiné à protéger l'égalité de telle sorte qu'il soumet les inégalités individuelles à ce qui revient également à tous, à savoir la personnalité, la possibilité d'une volonté, et pose des limites à la pulsion de l'être humain qui l'incite, pour autant qu'on le laisse faire, à ramener autrui à soi et à l'assujettir. » « Le droit met en avant, en l'être humain, la personnalité, mais il reconnaît une diversité de

besoins, la coutume, les institutions, l'évolution culturelle ou historique, etc. On y voit donc se décrire, là où réside le fondement du droit, de multiples facettes empiriques qu'évoque la vision organiciste, et qui peuvent être déployées dans une temporalité. L'autre volet ouvre la voie à la formalisation qui, tout en ayant pour origine un concept empirique (le peuple), ne peut être déduite de, ni épuisée par, aucune expérience. Ceci est fait en deux temps qui, l'un comme l'autre, sont mis en scène par des événements présentés en des termes empiriques mais qui sont symboliques des changements épistémologiques. Le premier concerne la manière dont est imaginée la formation d'un peuple, au cours de laquelle se forment aussi la conscience commune et l'esprit juridique. C'est un processus qui commence par une sorte d'association des individus et finit par un détachement de ces derniers, à l'issue de quoi se constitue une « individualité » qui s'exprime par une volonté unie et indépendante, incommensurable avec les volontés individuelles. Tout en étant d'ordre naturel, ce processus introduit une rupture dans le temps, et ainsi est née une nouvelle rationalité, celle propre au droit.⁴⁰² Le deuxième concerne l'intelligibilité de cette véritable source du droit représentée par le peuple : qu'elle soit prise au sens de la genèse du droit ou de son fondement, elle s'effectue dans l'invisible ; tout ce que l'on peut observer est ce qui est produit, c'est-à-dire le droit effectif.⁴⁰³ Elle est tellement invisible et antérieure à toute attention portée sur elle que l'on ne peut même pas dire qu'elle est née avec les pratiques les plus basiques exprimant les sens juridiques les plus primitifs ; elle leur est bien plus antérieure : « la pratique n'est que le dernier moment dans lequel le droit déjà engendré, vivant dans la conviction des membres du peuple, s'exprime et s'incarne pleinement. »⁴⁰⁴ Nous avons donc devant nous une entité empirique qui a un statut indépendant vis-à-vis des expériences individuelles, qui précède toute conception

personnalités. Il surmonte les différences entre les hommes, non pas en tant qu'il les nierait, mais en tant qu'il en fait des différences entre personnes et ainsi, les maîtrise. » *Ibid.*, p. 43.

⁴⁰² « La naissance des peuples marque un tournant dans l'histoire du droit. Avant ce moment, l'humanité était simplement divisée en familles, entre lesquelles il n'existait pas de liens juridiques. Dans chaque famille même, le sens du droit était réprimé du fait de la primauté de l'amour personnel sur lequel repose la famille. Quand le temps fut venu, une autre association s'installa entre les familles et l'humanité, le peuple, c'est-à-dire une communauté établie par une origine, une langue et des lieux d'habitation communs. » « ...le droit ne trouve que dans les peuples une place qui rend possible son pur développement, et ce n'est qu'avec les peuples que commence la véritable histoire du droit. » *Ibid.*, p. 44-45.

⁴⁰³ « La genèse du droit dans l'esprit populaire est une genèse invisible. Qui pourrait entreprendre de suivre les voies par lesquelles une conviction prend naissance au sein d'un peuple, comment elle germe, croît, se développe, prolifère ? Ceux qui s'y sont essayés sont partis le plus souvent d'idées fausses. [...] Ce qui nous est visible, ce n'est que ce qui est déjà né, le droit, donc après qu'il soit sorti, pour devenir effectif, hors de l'atelier obscur où il est préparé. » *Ibid.*, p. 50.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 51.

politique et, par là-même, toute institution publique⁴⁰⁵, qui évolue avec un esprit non arbitraire ni nécessaire, qui n'est saisissable qu'indirectement à travers ses effectivités (la langue, les mœurs, le droit, etc), et qui est la véritable source du droit, ce dernier étant l'une des formes sous lesquelles elle s'exprime. Cette assise du droit revendique une existence à part ; une existence considérée convenablement comme empirique dans la mesure où le droit et sa rationalité ont été recadrés dans les limites de l'homme en tant qu'être libre et fini. Mais pour autant qu'elle existe, agit, raisonne et régit selon sa propre rationalité indépendamment de sa découverte scientifique et de toute idée idéologique, il importe peu si elle est empirique ou pas : elle accumule déjà tous les profils qu'il faut pour fonctionner comme une structure ou une grammaire que les individus ont depuis longtemps adoptée sans le savoir. L'important est désormais de comprendre son mécanisme, et non pas de démontrer son existence réelle. Une fois mis au monde le système du droit, le visage de cette assise qui est dès l'origine invisible peut s'effacer de la mémoire — ainsi la dimension historique cède la place à la dimension systémique. Ces deux volets du concept de peuple renforcent chacun à sa manière la qualité scientifique du droit, mais c'est dans la perspective que prépare le second volet, la perspective de formalisation, que le mérite épistémologique du concept est le plus manifeste. Le fonctionnement du concept de peuple, quelles que soient les significations et les natures qui lui sont accordées, consiste à prêter une image concrète à l'empiricité formelle du droit.

Section 3 L'être du droit précisé

Réserver la source du droit à une origine lointaine, y reconnaître une rationalité en tant qu'esprit d'un être vivant, indépendant et évoluant — le terrain de la connaissance,

⁴⁰⁵ En fondant le droit dans le peuple, un être naturel, Puchta rejette l'idée courante selon laquelle le droit est issu de l'État. Pour lui, le sens du droit, pour autant qu'il est né naturellement dans l'esprit populaire, précède l'État, même si celui-ci accomplit son effectivité : « C'est la volonté du peuple, la volonté que les hommes ont en tant que membres de cette association qui fournit la source naturelle de l'État et de sa constitution ; l'esprit populaire produit l'État comme le droit, en tant qu'il unit les membres du peuple dans la volonté de se soumettre à cette autorité, organe du droit. » *Ibid.*, p. 49. « Le droit ne commence pas de naître à travers l'État puisque celui-ci présuppose déjà une conscience juridique, un droit qu'il est de sa tâche principale de protéger. La plupart des politiciens partent de l'erreur consistant à voir dans l'État la source du droit. Les uns le font émaner de l'autorité publique, les autres du peuple au sens politique, des gouvernés par opposition au gouvernant. Ces deux visions des choses sont inexactes ; l'origine du droit se situe en dehors de l'État, et, en vérité, pas simplement du point de vue de sa genèse surnaturelle à travers le commandement de Dieu, mais aussi bien du point de vue de sa naissance naturelle, à travers la volonté nationale. [...] L'État présuppose le droit, mais il en est aussi, en retour, le complément nécessaire. » *Ibid.*, p. 50.

bien qu'encore brut, est déjà identifié et délimité, avant que toute intention scientifique intervienne. Voilà comment la science du droit est imaginée par l'École historique du droit : en même temps que la science est tout à fait consciente de participer au façonnage et à l'évolution du droit, elle ne peut le considérer continuellement qu'en tant que ce qui est donné. Car elle n'est pas à l'origine de cette rationalité en face d'elle, et sa mission consiste à la comprendre en tant que système à part entière, l'éclairer, l'étendre et la mettre en application, au lieu d'y imposer d'autres rationalités qui ne lui sont pas compatibles. À l'arrivée de la science, le droit est déjà sur place ; elle ne devrait avoir rien d'autre pour objet, et c'est en reconnaissant le véritable droit qu'elle s'affirme comme la véritable science. Le droit est un système qui résulte de l'empiricité de l'homme, mais qui semble dépasser cette dernière maintenant qu'il fait partie des éléments qui la conditionnent. C'est un système circonscrit que l'on peut distinguer des autres systèmes. Mais en termes d'applications dans la vie réelle, de ce système limité sont sorties des possibilités dont le nombre se rapproche de l'infini. Ainsi le droit qui est l'objet à connaître, est aussi la source des réponses aux questions posées à son égard — il est une positivité qui conditionne les possibilités de sa connaissance, un quasi-transcendental. Et la science du droit est une science positive pour autant que son premier objectif est de mettre en lumière le mécanisme de cette positivité. La question épistémologique rejoint ainsi la question ontologique.

Imprégnés des pensées organiciste et romantique, Puchta comme Savigny font souvent le rapprochement entre le droit et le langage, établi notamment par des caractères communs qui relèvent de leur source commune, le peuple. Mais le modèle épistémologique du droit que nous avons exposé ci-dessus montre que les ressemblances mises en avant par l'École — origine populaire, naissance naturelle, individualité et évolution organique — ne font qu'effleurer leur analogie structurelle, laquelle repose sur le fait que le droit comme le langage sont pensés comme des positivités du même type. L'un comme l'autre, ils présupposent et ont pour point de départ la finitude de l'homme, et finissent par se développer en tant que systèmes qui lui sont antérieurs et supérieurs, et qui déterminent ses conditions de vie. De la même manière que les humains ne peuvent pas émettre des paroles sensées sans que celles-ci soient structurées par la grammaire dont ils n'ont pas forcément pleine connaissance,

une personne ne peut par sa seule volonté entrer dans un rapport juridique avec une autre personne ou avec une chose sans que d'abord il y ait une règle du droit qui en fournisse le modèle. Le droit comme le langage sont des produits des humains qui leur échappent et qu'ils cherchent infiniment à maîtriser. Ainsi, par un lapsus, il est possible de prononcer une phrase dont le message n'exprime pas l'intention du locuteur, tout comme il est possible de se retrouver relié par un rapport juridique sans que personne n'en ait eu l'intention. Ce qui détermine le mode d'être de ces positivités ne vient donc pas du monde empirique dans lequel elles sont observées ; ce n'est pas parce que les êtres humains parlent, parce qu'ils s'engagent dans des promesses juridiques, que le langage ou le droit existent comme tels. Ce qui constitue leur identité et détermine leur existence est leur propre structure : c'est la grammaire qui ne parle pas, c'est le système des concepts juridiques qui ne crée pas lui-même de rapports juridiques. Mais c'est justement parce qu'ils ne sont pas eux-mêmes les phénomènes qu'ils rendent possibles, parce que, par rapport à ceux-ci, ils n'en sont que la forme, qu'une combinaison de sons qui se suivent dans le temps peut devenir une phrase, et qu'une série d'actions peut avoir un statut et une effectivité juridique.

Il faudrait certainement une tout autre étude pour creuser cette analogie structurelle entre le droit et le langage, ce que nous ne pouvons pas réaliser ici. Nous nous bornerons à souligner que si celle-ci était particulièrement remarquée dans la première moitié du XIX^e siècle, ce n'est pas parce qu'on a alors découvert pour la première fois leur nature semblable, c'est parce que la science du droit et la science du langage (la philologie et la linguistique) de l'époque se retrouvaient dans la même couche archéologique, adoptaient un même type de modèle scientifique qui permettait de penser le droit et le langage comme des existences indépendantes, dotées d'une histoire et d'une structure systématisée. Ce changement épistémologique n'est pas arrivé d'un seul coup, comme s'il avait été définitivement prédéterminé par l'épistémè d'alors. Il s'est réalisé progressivement avec la mise en place de diverses techniques de pensée qui ont permis à la positivité de se préciser, à travers son existence indépendante et son système intacte, bien distincts des phénomènes manifestes et changeants de la vie

réelle.⁴⁰⁶ Certaines conceptualisations qu'a développées Puchta relevaient clairement des efforts de ce genre. À part le concept de volonté en tant que puissance (et non pas en tant que ce qui est voulu) qui constitue le fondement du droit, il y a notamment le concept de personnalité qui permet de faire abstraction des divers aspects réels d'un être humain et de le représenter en tant que sujet de droit purement formel, en se focalisant sur un rapport de droit en question. Le concept de personnalité présuppose donc à la fois une frontière claire et un système de conversion entre le monde juridique et la vie réelle : les différences entre les êtres humains ne donnent pas automatiquement lieu à des différences entre les personnes juridiques, mais les premières peuvent selon les cas être **traduites** en les secondes.⁴⁰⁷ Et pour saisir de la manière la plus précise possible le mode de fonctionnement du système du droit, Puchta faisait primer, dans la hiérarchie conceptuelle, les droits (en tant que puissance juridique) sur les rapports de droit, en raison que les innombrables possibilités de ces derniers sont elles-mêmes le résultat de diverses applications des premiers, lesquels sont bien moins nombreux.⁴⁰⁸ L'objectif recherché ici est d'identifier les unités déterminantes les plus basiques et générales du système, afin de saisir les règles principales qui constituent son fonctionnement, et ainsi, de se représenter davantage l'essence de son être.

Le droit de l'École historique est imaginé comme un être vivant et imposant dont l'existence temporelle enjambe le passé et le présent de ceux qui le reconnaissent et dont l'existence conceptuelle relie l'empirie à de pures formes ; un être originellement

⁴⁰⁶ Dans les analyses de Foucault, le processus par lequel le langage obtient son propre **être** peut être observé à travers quatre grands segments théoriques qui font naître et caractérisent la philologie. Le premier concerne le discernement de la structure grammaticale d'une langue ; autrement dit, il s'agit d'une technique de pensée qui permet d'identifier l'individualité d'une langue. La possibilité de cette technique est liée à l'idée selon laquelle ce qui permet d'apercevoir l'unité d'une langue n'est pas ce qui est visible, c'est-à-dire, représenté. Ce sont en revanche les règles des modalités et des combinaisons des mots, et non pas leurs significations, qui composent un ensemble distinct des autres. On reconnaît ici la même approche qu'adopte l'École historique du droit, celle qui consiste à repérer les mécanismes de détermination dans l'invisible, derrière les phénomènes observables. Le deuxième segment est l'étude des *variations internes*, d'après laquelle les unités sonores sont les véritables composantes linguistiques. Le langage est donc traité comme un ensemble d'éléments phonétiques. Les significations sont d'abord véhiculées par des combinaisons variées sonores et non pas par l'écriture, et l'évolution d'une langue est traçable non pas par la manière dont elle est documentée, mais par les transformations rythmées des constances et des variations sonores. « On cherche le langage au plus près de ce qu'il est : dans la parole. » (M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, op. cit., p. 298) À partir de ces deux techniques de pensées, l'une pour discerner un système d'un autre et l'autre pour reconnaître ses unités les plus essentielles, la philologie parvient à développer ses troisième et quatrième segments, la construction d'une nouvelle théorie du radical et la définition des systèmes de parenté entre les langues. « L'analyse indépendante des structures grammaticales, telle qu'on la pratique à partir du XIX^e siècle, isole au contraire le langage, le traite comme une organisation autonome, rompt ses liens avec les jugements, l'attribution et l'affirmation. Le passage ontologique que le verbe *être* assurait entre parler et penser se trouve rompu ; le langage, du coup, acquiert un être propre. Et c'est cet être qui détient les lois qui le régissent. » (*Ibid.*, p. 308)

⁴⁰⁷ G. F. PUCHTA, « Encyclopédie », op. cit., passage XXII.

⁴⁰⁸ *Id.*, passage XXI.

voulu par l'homme mais dans l'idée que son fonctionnement soit autonome vis-à-vis des volontés humaines, telle une « rationalité artificielle ». Il est désormais possible de distinguer nettement ce qui est juridique de ce qui ne l'est pas, car ceci est conceptuellement soutenu par le fait que l'on peut penser l'être de droit aux limites distinguées. De là, devient pensable un registre proprement et purement juridique qui conceptualise, en parallèle de la vie réelle, un environnement complètement juridique. Ainsi le droit a accompli son *Isolierung*⁴⁰⁹ ; s'il peut toujours être pensé en des termes non-juridiques, son véritable mode d'être ne peut être désigné qu'avec son propre langage, un langage de concepts. Le pandectisme pour lequel la science du droit est pratiquement la science des concepts du droit ne serait pas possible si le droit n'avait pas d'abord été imaginé comme un tel être qui se donne en tant qu'objet scientifique. Mais à son tour, le pandectisme en tant que méthode scientifique renforce cette imagination en concrétisant, théorisant et faisant parler continuellement et uniquement le langage du droit. Ainsi la connaissance du droit devient une question liée à la question de son existence, de ce que cet être est capable de produire comme discours.

Si la tradition qu'a créée l'École historique du droit s'est finalement développée en ce que l'on reconnaît comme le positivisme dogmatique qui domine la scène de la science du droit allemande du XIX^e siècle, son point de départ scientifique ne repose pas sur la position selon laquelle le droit n'a pas et ne doit pas avoir de dimension morale. La pensée de Puchta montre le contraire : le juridique est possible justement parce que l'homme n'est moralement pas libre ; l'imperfection morale de l'homme constitue la raison d'être du droit en tant que construction rationnelle fondée sur des considérations anthropologiques. Le potentiel positiviste résulte plutôt de la conjugaison, incontournable à la mission scientifique, entre l'empirie et la raison, lorsque la

⁴⁰⁹ Cette transformation épistémologique est élaborée dans Y. THOMAS, *Mommsen et « l'Isolierung » du droit : Rome, l'Allemagne et l'État*, Paris, Diffusion de Boccard, 1984. Ses réflexions font exactement écho à la description de la positivité dont parle Foucault, et ses remarques montrent qu'il perçoit également le problème comme à la fois d'ordre ontologique et épistémologique. Par exemple : « ...les dogmes ont une existence et une histoire, inscrite dans la très longue durée... le lieu commun le plus répandu est de confondre la méthode avec l'objet, de nier l'existence du second en raison de la faiblesse de la première. » *Ibid.*, p. 9, note 36.

Thomas emprunte le terme et le concept à F. Schulz qui l'utilise pour caractériser la méthode des juristes à Rome dans son *Prinzipien des römischen Rechts* (Berlin 1954) ; Schulz a renvoyé à Jhering pour l'origine du concept, lequel était par contre formulé à l'époque par le synonyme « *Scheidkunst* ». (*Ibid.*, p. 1 note*) D'après Halpérin, c'est en effet Jhering qui a popularisé le terme d'« *Isolierung* » qui, plus tard, a été repris par Kelsen pour parler cependant d'un sujet différent : l'indépendance de la discipline du droit vis-à-vis d'autres disciplines. Voir J.-L. HALPÉRIN, « Kelsen dans la pensée juridique de langue allemande », *op. cit.*, p. 94.

première est saisie à travers la positivité en tant que mode d'être, et qu'à la seconde est substituée la systématisation, c'est-à-dire une raison purement formelle et dépourvue de toute idéologie. La primauté scientifique se poursuit jusqu'au point de traiter le droit comme un être, et désormais toute démarcation qui sert à le distinguer devient non seulement possible mais aussi nécessaire.

Malgré cette tendance positiviste, nous ne sommes pas encore au niveau du positivisme juridique contemporain, celui pour lequel nous avons lancé cette enquête archéologique. Le concept de droit continue à n'occuper que la première partie d'un traité ou d'un système de pensées juridiques, dans le but de circonscrire le champ d'étude et d'inaugurer le travail. Il n'est pas encore devenu cet objet qui nécessite un ouvrage entier seulement pour le définir. La positivité du droit en tant que quasi-transcendantal, demeure toujours ce qui permet de développer une méthode scientifique qui déploie les mécanismes du système. Elle n'est pas encore celle qui est mise en question par la science en attendant d'être prouvée par cette dernière. Mais ce sera bientôt le cas.

Titre 3 LA MÉTA-SCIENCE DU DROIT

Chapitre 1 La formalisation totale du droit et l'émergence du positivisme juridique — un aperçu

Il nous faut souligner ici un détail qui n'est pas sans importance : la notion de « positivité » que nous avons employée depuis le chapitre précédent est celle de Foucault : elle ne désigne pas les mêmes choses que celles que désignent les juristes contemporains par « la positivité du droit » lorsqu'il s'agit de définir leur objet d'étude. Récapitulons : 1) dans l'optique de Foucault, les sciences humaines qui ont émergé au XIX^e siècle rompent avec le modèle précédent dans la mesure où elles présupposent que l'enjeu de la connaissance des phénomènes humains réside dans la possibilité de voir dans ces derniers une existence scientifiquement maniable. 2) La positivité est justement le mode d'être ainsi conçu. Elle répond au problème épistémologique qui a pour prototype la question formulée par l'Anthropologie de Kant — quelle empiricité pour une connaissance pragmatique de l'homme ? —, et à l'exigence de systématisation qui transforme le simple mode de devenir en un être autonome et ordonné qui contient les principes de sa propre connaissance. 3) Selon notre analyse, l'évolution de la science du droit de la même époque partage le même schéma épistémologique, et la positivité dans ce domaine s'est accomplie avec l'*Isolierung* du droit : le droit en tant que système a une logique interne, une histoire interne et un langage qui lui est propre ; ses discours sont faits des articulations des concepts qui, en se référant les uns aux autres, assurent la cohérence du système. 4) C'est ainsi que, sur la scène de la science du droit du XIX^e siècle règne une tendance « positiviste », au sens où le droit est et doit être considéré comme un objet scientifique indépendant, qui ne s'éclaire qu'à travers ses propres caractères ; en revanche, si l'on essaie de s'en rapprocher avec des éléments métajuridiques — politiques, éthiques, philosophiques, etc. —, on n'atteint jamais sa vérité.

Bref, cette positivité désigne un mode d'existence que la science est censée reconnaître dans son objet, cette reconnaissance étant, selon le modèle épistémologique en question, une condition nécessaire pour établir la scientificité. Nous sommes déjà très loin de la doctrine du droit kantienne, où le droit se distingue certes de la morale par son aspect formel⁴¹⁰, mais demeure la systématisation d'une rationalité, et non pas d'un « être ». Mais nous ne sommes pas encore au niveau du positivisme juridique contemporain, car cet être du droit que nous avons saisi ici ne s'est pas encore débarrassé de toute sa substance. Dans la mesure où une bonne part de sa scientificité est toujours fondée sur l'empirie — la positivité étant une empiricité formelle, ou une forme empirique —, il est encore loin de s'identifier complètement et seulement à sa pure forme. D'ailleurs, les utilités doctrinale et institutionnelle de la science du droit, dont témoignent la déclinaison des diverses matières (droit public, droit privé, droit international... etc.) et les variations de systèmes (droit romain, droit anglais, droit mexicain... etc.), font que l'on est obligé de se représenter le droit toujours en tant que système fonctionnant (ou hypothétiquement fonctionnant), non seulement avec sa logique formelle mais aussi avec ses énoncés concrets. Certes, on peut penser séparément la logique du droit, on peut n'identifier que la structure de son langage. Mais la logique ou le langage seul ne fait pas un système du droit. Y a-t-il une utilité à extraire sa pure forme et à la théoriser ?

Qu'il existe une utilité ou pas, la possibilité d'une telle entreprise est déjà en place, et elle deviendra une réalité. Dans cette entreprise, c'est l'être du droit qui posera problème et qui sera interrogé. Quand le savoir juridique est encore égal à la connaissance d'un objet existant, le mode d'être de cet objet est implicitement affirmé dans chaque proposition juridique scientifiquement formulée, auquel cas il n'est pas nécessaire de porter de pensée critique sur cette existence. En revanche, lorsque les

⁴¹⁰ « La législation qui fait d'une action un devoir et en même temps de ce devoir un mobile, est une législation *éthique*. En revanche la législation qui n'intègre pas le mobile à la loi et qui par conséquent admet un autre mobile que l'Idée du devoir elle-même est *juridique*. » « Les devoirs qui découlent de la législation juridique ne peuvent être que des devoirs extérieurs, car cette législation n'exige pas que l'Idée de ce devoir qui est intérieure, soit par elle-même principe de détermination de l'arbitre du sujet agissant et, comme elle a besoin de mobiles appropriés aux lois, elle ne peut lui rattacher que des mobiles extérieurs. La législation morale, au contraire, fait aussi des actions intérieures des devoirs sans exclure les actions extérieures et s'applique à tout ce qui est devoir en général. [...] Par cela seul on peut voir que tous les devoirs, uniquement parce qu'ils sont des devoirs, appartiennent à l'éthique ; mais leur législation n'est pas toujours contenue pour cette raison dans l'éthique, mais au contraire pour beaucoup d'entre eux lui est étrangère. » (Chapitre III de « Introduction à la métaphysique des mœurs » dans E. KANT, *Doctrine du droit*, *op. cit.*, à p.134-135.)

réflexions sur ce mode d'être se multiplient, lorsque l'on se réfère de plus en plus au terme de « positivité » comme à un concept, c'est que la scientificité qui a pour fondement l'être du droit est défiée et ne va plus de soi. Les sauvetages théoriques mettront, cette fois-ci, non pas le droit mais son existence dans le viseur. L'idée sera de renforcer cette existence — et du même coup, la scientificité qu'elle représente — en concevant une sorte d'identité du droit, clairement délimitée. Les opérations allant dans ce sens réaliseront une dissection nette et rigoureuse séparant la forme du droit et sa substance ; ce sera donc la première qui portera la signature du droit. C'est ainsi que, à partir du moment où la « positivité » du droit sera évoquée dans une question, elle ne sera plus ce qui est présupposé dans la systématisation et que l'on oublie presque ; elle deviendra synonyme de la « formalisation » du droit, tant pour ceux qui la défendent que pour ceux qui la réfutent. Nous serons très loin de la positivité au sens foucaldien.

Bien évidemment, la formalisation du droit n'a pas commencé avec le positivisme juridique contemporain. Le droit avait été, maintes fois dans l'histoire des pensées juridiques, saisi avec des idées neutres et dépourvues de considérations de valeurs, décrit en termes universels prétendument applicables à toutes les cultures, ou encore présenté dans un mécanisme plus grand ou plus important dont il n'est qu'une fonction — toutes sortes de techniques pour parler du droit sans toucher son contenu. Mais dans tous ces scénarios, le droit n'était pas pensé en tant qu'être indépendant, mais toujours lié avec d'autres éléments ; évoqué isolément, il était considéré comme incapable de donner aucun enseignement signifiant. Hobbes formalisa la loi en la définissant en tant que commandement d'une autorité (divine pour les lois divines ou naturelles, civile — donc l'État — pour les lois civiles), mais ce dans l'objectif de dévoiler, avec la notion du droit de l'état de nature, la possibilité, le fonctionnement et la finalité d'une vie commune des individus et de l'ordre politique. Bentham proposa une définition formelle de la loi dans un but de codification — si la formalisation lui était possible, c'était justement parce que le droit était pratiquement une construction à base de fictions et non pas une « existence » ; et si la formalisation devait être rigoureuse, c'était pour que les principes utilitaristes puissent être codifiés de manière précise et efficace. Kant distinguait le droit de la morale par sa dimension formelle ;

celle-ci n'était pourtant qu'une partie de la rationalité du droit, lequel partageait le même type de raison qui faisait de l'homme un sujet moral. Et lorsqu'enfin, avec l'École historique, le droit était conçu comme une entité empirique et une existence indépendante — ce qui était une des conditions nécessaires pour qu'il soit question de la forme de cette existence —, cette conception du droit faisait pourtant obstacle à une formalisation totale, justement du fait que la représentation du droit ne se faisait que sur la base d'une expérience concrète et délimitée — expérience composée des pratiques et de la culture d'une société particulière, ou l'« esprit » d'un peuple particulier. Contrastant avec tous ces modèles-là, le positivisme juridique contemporain est un type de pensée inédit dans l'histoire : il procède à une formalisation complète d'une existence indépendante.

Ne nous y trompons pas : les positivistes ne nient pas que le droit ait son contenu, qu'il soit composé de valeurs, ou qu'il entretienne un rapport avec la justice. Par leur appartenance idéologique, ils doivent avoir chacun leur opinion quant à ce que doit être le droit. Mais en tant que juristes — c'est-à-dire les scientifiques du droit —, ils soutiennent que la science du droit n'a pas son mot à dire sur les valeurs que le droit devrait adopter ou réprimer. Elle peut à la rigueur reconnaître quelles valeurs ont été adoptées par quelles lois ou selon le système de quel pays. On pourrait rétorquer que cette conception de la science du droit a tout de même pour fondement une idée politique : par souci de neutralité ou de contribution à la démocratie, la science ne **doit** pas se mêler du politique. Mais en réalité, cette conception peut tenir même si on n'attribue à son fondement aucune considération politique. Il suffit de poser comme principe qu'il est **impossible** de connaître les valeurs absolues **de manière scientifique**, c'est-à-dire de la seule manière par laquelle la science du droit peut assurer sa scientificité. On peut poser ce principe de différentes façons : en décidant tout simplement que le droit est une chose et les valeurs une autre, la science du droit ne traite naturellement pas de ces dernières qui sont les objets d'autres sciences (par exemple, les sciences, positives ou non, de la législation ou de l'éthique ; c'est l'approche de Austin) ; en définissant de manière très restreinte le concept de la scientificité tout court, et en réclamant que toute approche pour l'étude du droit dépassant cette limite ne relève plus de la véritable science (comme Kelsen pour son

approche normativiste) ; en arguant que les théories qui s'investissent uniquement dans la forme positive du droit indépendamment de son contenu apporteront de nouvelles précisions sur la nature du droit que l'approche de la science juridique traditionnelle n'est pas capable de délivrer, sans pour autant nier l'importance et l'utilité de cette dernière (c'est par exemple la version souple du positivisme [*soft positivism*] de Hart⁴¹¹). Il s'agit, de quelque manière que ce soit, de délimiter le champ de connaissance en définissant la discipline ou la théorie en question comme la seule, ou la plus compétente, à pouvoir assurer la véritable scientificité du droit, laquelle serait aussi rigoureuse et objective qu'une science de la nature. La formalisation totale du droit ne relève donc pas d'une tentative de modifier le droit, de le rendre creux ou de le priver de valeurs — que cela conduise ou pas à un tel résultat est une autre question —, car ce qui est ciblé est la science du droit : ce sont les définitions de son objet, de sa méthode, de ses limites et de son objectivité qui subissent la formalisation.

Si la science du droit ne peut se prononcer sur le contenu que le droit devrait adopter, elle se montre inévitablement catégorique quant à la forme qui détermine l'identité du droit. Chaque théorie positiviste présente cette forme à sa manière, et chacune revendique être la seule ou la meilleure qui puisse la cerner. Il y a donc bien un « ce que doit être le droit » pour le positivisme juridique — non pas au sens du devoir-être du droit, mais au sens de la condition nécessaire pour qu'une proposition, une signification ou une pratique quelle que soit puisse avoir le statut de droit. De surcroît, il est supposé que, pour savoir quelle est cette condition, il doit exister une seule bonne réponse. Dans cette optique, la forme du droit est la seule partie du droit qui peut être saisie scientifiquement comme quelque chose d'universel ; c'est ce qui rend le droit intelligible et reconnaissable dans toutes les cultures. La forme du droit a déjà été repérée et a servi de structure de base lorsque l'on procédait à la systématisation du

⁴¹¹ En répondant à Ronald Dworkin, son critique le plus virulent, Hart soutenait que les théories consistant à décrire le droit de manière objective et neutre étaient aussi importantes que les théories consistant à interpréter le sens du droit — ce que Dworkin pouvait difficilement réfuter. Très subtilement et alors que le débat opposant les deux penseurs était en core en cours, le positivisme de Hart a réussi à faire remettre en question, si ce n'est abandonner, à Dworkin une idée qui imprègne toute la tradition juridique occidentale et qui peut se résumer par sa fameuse phrase : « Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law. » — à savoir, l'idée selon laquelle la science du droit fait partie du droit. Hart a réinstauré dans le débat contemporain ce que depuis Bentham le monde des juristes a du mal à renverser : la primauté de la science : à savoir, l'idée que la raison d'être de la science est indépendante du sort de son objet — en l'occurrence, le droit — et que c'est le dernier qui est soumis à l'examen de la première. Voir le « Postscript » de H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*. La phrase de Dworkin, issue de son *Law's Empire*(1986), y est citée à la page 241.

droit jusqu'à accomplir son *Isolierung*.⁴¹² Elle est maintenant ce que l'on observe directement afin de la décoder, de comprendre sa logique et son fonctionnement. C'est dans ce sens que nous définissons la formalisation totale du droit auquel procède le positivisme juridique contemporain : l'objet scientifique en question, le droit, s'identifie complètement à sa pure forme, ou selon la terminologie des positivistes, à sa positivité. C'est que l'enjeu de la science du droit est maintenant différent : pour que l'être du droit tienne, il faut pouvoir l'identifier par sa véritable essence immuable, laquelle ne saurait se composer d'une quelconque idée substantielle puisque toujours remplaçable, mais d'une forme définitive que l'on peut représenter par des formulations d'ordre logique ou linguistique ou en des termes purement explicatifs. Ainsi sont nées des théories fondamentales sur le concept de droit, qui mettent au monde des ouvrages entiers rien que pour exposer la forme du droit et, par là-même, pour préconiser une telle entreprise scientifique et pour justifier sa pertinence. Car la problématique du modèle positiviste est telle que définir la science du droit emprunte le même chemin que définir le droit.

⁴¹² Le processus de l'*Isolierung* s'est en fait réalisé deux fois dans l'histoire du droit. La première fois lors de la transformation épistémologique que l'École historique a exercée sur le droit privé, que nous avons traité dans le Titre précédent. La deuxième au moment de la formation du droit public (y compris la théorisation de l'État) qui a rendu la discipline indépendante et a érigé l'État en une entité autonome. Cette deuxième *Isolierung* fut d'une certaine manière une expérience répétée de la première, car les étapes de sa réalisation s'inspiraient des démarches du pandectisme. L'ironie de l'histoire est que la première s'était accomplie, comme l'approche organiciste de l'École historique le montrait concrètement, en refusant aux institutions publiques le statut indépendant et la possibilité d'être systématisées. Voir Y. THOMAS, *Mommsen et « l'Isolierung » du droit : Rome, l'Allemagne et l'État*, *op. cit.*. Plus particulièrement, sur l'important rôle du concept de volonté et de son évolution dans la réalisation de la deuxième *Isolierung*, voir O. JOUANJAN, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : Itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *op. cit.*

Chapitre 2 La méta-science du droit

Section 1 Abstraire l'être du droit

Dans *Les mots et les choses*, Foucault parle d'un important épisode de la philosophie qui est survenu après que le langage, s'étant détaché du modèle de la représentation, était devenu un objet ayant une épaisseur historique. Comme la pensée ne pouvait se formuler que par le discours, le langage avait toujours occupé une place fondamentale pour la connaissance — il était la première des représentations ; toute autre représentation n'acquerrait de valeur épistémologique qu'à partir du moment où l'on pouvait se la représenter par le langage. « On ne pouvait connaître les choses du monde qu'en passant par lui [...] C'est en lui que toute généralité se formait. »⁴¹³ Lorsque cette première représentation de la pensée est devenue elle-même un objet à connaître, lorsque diverses langues sont apparues comme des existences individuelles qui se sont développées avec le temps, un problème est alors apparu : comment assurer l'objectivité de la connaissance si toute expression de la pensée est faite à travers des systèmes linguistiques qui contiennent chacun leurs propres particularités, inévitablement et indépendamment de l'intention de la pensée ? D'après Foucault, cette préoccupation se manifeste de deux manières distinctes dans la pensée du XIX^e siècle : l'une consiste à « vouloir neutraliser et comme polir le langage scientifique, au point que, désarmé de toute singularité propre, purifié de ses accidents et de ses impropriétés, il puisse devenir le reflet exact, le double méticuleux, le miroir sans buée d'une connaissance »⁴¹⁴ ; l'autre cherche à contourner une fois pour toutes le passage obligatoire par le langage, et à imaginer un autre mode d'expression de la pensée qui lui soit le plus fidèle possible, qui serait donc moins une langue qu'un système symbolique, c'est-à-dire une

⁴¹³ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, op. cit., p. 309.

⁴¹⁴ *Id.*

logique indépendante des grammaires, des vocabulaires, des formes synthétiques, des mots : une logique qui [puisse] mettre au jour et utiliser les implications universelles de la pensée en les tenant à l’abri des singularités d’un langage constitué où elles pourraient être masquées.⁴¹⁵

Ainsi, Foucault classe l’algèbre logique de Boole dans la même époque archéologique que la découverte de l’historicité des langues indo-européennes⁴¹⁶. C’est que le besoin de redéfinir les généralités survient au moment où l’on découvre que les mots de la pensée ne sont pas les siens mais sont empruntés à une existence construite à part. La tentative de formaliser le discours, le dire, est un effort pour purifier l’expression de la pensée, mais elle représente aussi un sauvetage — optimiste, comme la recherche d’un langage scientifique parfait ; ou désespéré, comme la substitution du symbolisme non verbal à la langue — de l’aspect rationnel du langage, de ce qu’il y a de transparent aux mouvements de la pensée en langage. C’est dire que, avec maintenant de nouveaux soucis épistémologiques depuis que le langage a cessé d’être la parole de la pensée et est érigé en une existence singulière dont les règles s’appliquent à tous les énoncés, pour trouver ce qu’il reste d’essentiel et d’immuable dans le dire, pour localiser là où le langage se structure exactement comme la pensée et où cette dernière n’émerge qu’en tant que construction syntaxique — bref, pour pouvoir continuer à penser le langage en tant que phénomène humain universel et scientifique, il faut paradoxalement faire abstraction de la marque de son origine humaine : la voix, le son, le parler. Ainsi l’homme réussit à imaginer un langage non pas pour être parlé, mais simplement pour constituer des propositions, un langage qui serait exactement taillée pour l’usage logique de la pensée.

La formation du positivisme juridique contemporain révèle une problématique analogue à cet épisode du langage : si le droit n’existe que dans l’empirie, ne peut être observé que dans des traces positives (les institutions, les coutumes et les doctrines), se construit dans le temps en tant que système autonome indifféremment des intentions qui se l’approprient et que sa connaissance ne se base pas sur quelques principes que ce soit mais uniquement sur son propre être, que lui reste-il pour constituer son essence,

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 310.

⁴¹⁶ *Id.*

c'est-à-dire ce qui lui est à la fois nécessaire et propre ? Et comme pour le langage, afin de surmonter les singularités inévitablement présentes dans chaque représentation du droit, c'est en le formalisant, en le définissant par sa forme, que l'on cherche à purifier à la fois sa connaissance et son être, à garantir l'objectivité des deux et, ainsi, à garantir le lien qui relie le droit à un caractère universel de l'humanité. Ce qui est intéressant, c'est que les solutions proposées en ce sens présentent une tendance à traiter la question comme une question de formule ou de forme de proposition, c'est-à-dire à imaginer la forme du droit comme une logique qui ne s'explique qu'à travers des constructions syntaxiques. Bref, il faut imaginer que le droit se structure comme un langage.

Nous allons baser notre discussion sur l'exemple de deux figures principales du positivisme juridique contemporain, dont les théories ont été les plus importantes contributrices d'ardents débats dominant la scène de la philosophie du droit du XX^e siècle — Kelsen et Hart. Notre attention se portera, de manière inégale, sur le premier bien plus que sur le second, car le juriste austro-américain se situe précisément dans la lignée des pensées juridiques allemandes dont nous avons repéré les événements archéologiques qui ont fait apparaître la positivité du droit.⁴¹⁷ D'autre part, Hart,

⁴¹⁷ L'approche originale de la théorie générale du droit de Kelsen a une genèse qui s'inscrit dans la problématique dominant les pensées du droit public dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, ce dont témoigne son fameux ouvrage *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (*Problèmes fondamentaux du droit de l'État développés d'après la doctrine des règles de droit*) publié en 1911, lequel représente la première phase de la philosophie kelsénienne. Cette problématique s'interroge sur le statut juridique de l'État : comment l'État peut être un sujet juridique ? La question a pour origine la doctrine de la personne juridique de Savigny, qui a fondé le sujet de droit sur la volonté de la personne physique (naturelle) et a posé comme son dérivé fictif la personne juridique artificielle créée par le droit positif. Cette doctrine venant du droit privé se présentait à la fois comme une possible solution et comme une difficulté particulière à la construction du droit public : comme le sujet du droit privé, l'État peut être conceptualisé en tant qu'unité dotée d'une volonté ; mais justement, comment peut être composée cette volonté propre à l'État ? À partir de volontés individuelles ? Les efforts théoriques qui à la fois se basaient sur et luttaient contre la thèse de la volonté, constituent l'aventure intellectuelle qui aboutit au statut indépendant du droit public, aventure menée par l'école Gerber-Laband-Jellinek. D'un certain point de vue, Kelsen est le point final de ce parcours, en tant qu'il renverse l'antinomie créée par Savigny, entre la volonté réelle et la personne juridique conceptuelle, en faisant primer totalement la qualité conceptuelle du droit et de l'État et en rejetant entièrement le rôle de la volonté dans la construction des institutions juridiques. Voir l'« Introduction » par Stanley L. Paulson pour H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, *op. cit.*

De notre point de vue, ce parcours reflète parfaitement l'épisode de la formalisation de langage dont parle Foucault. Après un siècle d'imaginaires et de conceptualisations qui ont formé et poli la positivité du droit — en tant qu'existence du droit — et de ses institutions, arrive une réflexion sur la logique de cette positivité et qui emprunte la voie de la formalisation. Kelsen serait le Boole du domaine du droit après que le droit, comme le langage, a découvert son historicité.

Mais si Kelsen est le penseur que demande son époque archéologique, il l'est aussi grâce à des pensées qui le précèdent, envers lesquelles il reconnaît parfois une dette mais qu'il cherche le plus souvent à surmonter. D'après Paulson, lorsque Jellinek, pour résoudre le problème de l'unité de l'État, proposait la notion du but commun dans la perspective d'arriver à un concept abstrait, il y avait déjà une idée de démarcation entre la méthode causale et la méthode logico-normative en marche dans cette opération. Jellinek avait aussi proposé une distinction entre abstraction et fiction. Ces mêmes idées sont devenues des ressources pour Kelsen pour construire sa propre méthode logico-normative en menant une virulente critique contre la théorie de Jellinek. (*Ibid.*, p. 12-15.)

héritier de la philosophie analytique de Bentham et de Austin et lecteur de Kelsen, semble certes plus éloigné de la généalogie que nous avons traitée, mais l'alternatif que sa théorie représente nous permettra justement de mettre en avant les enjeux épistémologiques qui sont communs aux deux penseurs.

Section 2 Le normatif selon Kelsen

I Le droit en tant qu'objet épistémologique : Kelsen vs Kant

La pensée juridique de Kelsen représente le premier effort explicitement revendiqué qui s'interroge sur le fondement épistémologique de la science du droit en s'interrogeant sur le mode d'être du droit, notamment sur ce qui constitue la particularité de cet être. Ce qui détermine son intérêt théorique pour le concept de droit, ce sont avant tout des préoccupations épistémologiques : comment est possible une étude scientifique du droit ? Quelle est la méthode convenable pour une telle étude ? Qu'est-ce qui doit être exclu de cette étude ? etc. Le droit dont parle Kelsen est donc toujours le droit en tant qu'objet de la science, c'est-à-dire le seul qu'elle peut connaître. Que le concept du droit kelsénien convainque ou pas, il est le produit direct d'un modèle scientifique préalablement paramétré ; le fait qu'il est (surtout négativement) réputé pour être restreint, cela vient aussi de la conception épistémologique à laquelle tient Kelsen. Comme toute l'entreprise de sa théorie du droit se base sur la thèse d'une cognition proprement normative — nous l'exposerons plus

Pour d'autres pensées juridiques allemandes du XIX^e siècle qui transpirent dans la théorie du droit de Kelsen, voir J.-L. HALPÉRIN, « Kelsen dans la pensée juridique de langue allemande », *op. cit.*. Halpérin démontre que la problématique de Kelsen ne s'est pas formée indépendamment, mais est née et cultivée dans un contexte où les juristes allemands « s'interrogeaient sur la spécificité des normes juridiques ». Dans cette analyse, Jhering représente le point de départ de la vague de questionnements sur le statut des normes : « À partir des années 1860, en réaction contre le recours par les Pandectistes aux concepts du droit romain, Jhering avait affirmé que "les droits ne sont pas l'étoffe, l'objet de la volonté, ils en sont la condition ; ils n'en sont point le but, mais lui servent de moyen." » (p.88) À propos des idées selon lesquelles les normes juridiques s'adressent plutôt aux juges qu'aux sujets de droit, et que l'État est la source du droit, Halpérin souligne les profondes influences de Jhering sur Kelsen que celui-ci n'a pourtant pas assez reconnues. En analysant le texte de *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre* et en comparant les idées qu'il contient avec celles des auteurs qui y sont cités, souvent critiqués, Halpérin énumère les conceptions qui, plus tard reconnues comme kelséniennes, ne viennent pourtant pas de sa propre originalité : objectivité des normes, appréhension formaliste du concept de norme, idée de la hiérarchie des normes, normes en tant que jugements hypothétiques, ... etc. Et de conclure : « Novateur par ses thèses, Kelsen restait en 1911 un héritier des problématiques de la science juridique allemande depuis Jhering. » (p.91)

tard — qui doit être strictement séparée de la cognition empirique ou causale, le droit chez Kelsen est nécessairement un concept normatif et rien d'autre. Tout autre élément qui dans l'expérience participe à la formation des phénomènes juridiques — la morale, la coutume, la culture, les besoins, etc. — ne peut en aucune manière être une composante de cet objet qu'on appelle le droit. D'après cette conception, il a beau y avoir la société et le droit, il n'y a pas d'aspect social du droit ; on peut bien discuter du rapport du droit à la morale, mais il n'est pas exact de parler d'un aspect moral du droit.⁴¹⁸

Cette approche consistant à définir l'objet à travers les principes épistémologiques, à penser que la question du droit est d'abord une question sur la science du droit, constitue l'un des arguments par lesquels Kelsen se revendique kantien. Sur ce point, cette revendication paraît pertinente. Sa manière de délimiter le concept de droit reproduit en effet la même action que la critique kantienne lorsqu'elle s'apprête à s'emparer de son objet : déterminer ce qui peut et ce qui ne peut être connu scientifiquement, et retracer les limites de la connaissance pour la fonder. De manière inversée, son insistance sur sa méthode scientifique se justifie aussi par la nature de l'objet d'étude choisi. Le processus de définition de la science se superpose à celui de délimitation de son objet⁴¹⁹ — une caractéristique très kantienne. Kelsen prétend alors adopter la méthode transcendantale de Kant pour établir une véritable connaissance sur le droit et sur l'État. Sauf que là, il recourt à un autre enseignement de Kant — la distinction entre la raison théorique et la raison pratique —, et exige que le travail scientifique relève de l'exercice de la première et ne doive pas être

⁴¹⁸ « Only from the epistemological position leading to insight into the unity of law and state does one also manage to surmount Georg Jellinek's so-called 'two-sides theory', according to which the state is not only a socio-natural reality existing in the causally determined world of being, but also a legal entity, a legal person. It is, therefore, the object of two methodologically disparate points of view: a causal, scientific theory of society, and a normative theory of law. The 'entirely law-like or legal character of the state', already set out in *Main Problems*, first acquires its logical foundation in the principle that one and the same epistemic object cannot be determined by way of two epistemic orientations that are, according to their respective presuppositions, fully distinct from each other — as the causal Sein/is-view and the normative Sollen/ought-view are. » H. KELSEN, « 'Foreword' to the Second Printing of *Main Problems in the Theory of Public Law* », B. L. Paulson et S. L. Paulson (trad.), dans *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 18. Ici, *Main Problems (in the Theory of Public Law)* désigne *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre*. Cette préface (foreword) a été ajoutée par Kelsen lors de la deuxième édition en 1923.

⁴¹⁹ « In common with all of my later work, *Main Problems* has as its goal a *pure theory of law qua theory of positive law*. From the outset, in this first book, the purity of the theory or — amounting to the same thing — the independence of the law as an object of scientific cognition is what I am striving to secure... » *Ibid.*, p. 3.

influencé par l'exercice de la seconde.⁴²⁰ Établir la connaissance du droit en étant kantien signifie donc pour Kelsen que le droit doit faire l'objet de la raison théorique, et qu'il convient, pour ainsi dire, de trouver le mode d'analyse et de synthèse spécifique à un objet tel que le droit.⁴²¹ Or, c'est ce que Kant lui-même n'a pas réussi, selon Kelsen. Il n'aurait pas été suffisamment courageux pour mener à bien ce à quoi sa propre méthode transcendantale aurait abouti pour la connaissance du droit, puisqu'il n'a pas poursuivi jusqu'au bout sa propre distinction entre la raison théorique et la raison pratique et qu'il n'arrivait pas à se débarrasser de la pensée du droit naturel.⁴²² Sur ce point, et toujours selon Kelsen, sa Théorie pure du droit constitue justement un effort pour réaliser ce que Kant a délaissé, et serait plus fidèle à la philosophie de Kant que le travail de Kant lui-même.⁴²³

Notre interprétation de Kelsen ne va pas nier les influences marquantes de Kant sur ses pensées. Ceci étant, de notre point de vue archéologique, ce que nous allons signaler comme héritage kantien chez Kelsen ne fait peut-être pas partie de ce dont il croit avoir hérité. Il est vrai que la théorie de Kant n'a pas traité ce qui est, selon Kelsen, le

⁴²⁰ « *Main Problems* takes as its point of departure the fundamental dichotomy between *Sollen* and *Sein*, *ought* and *is*, first discovered by Kant, so to speak, in his effort to establish the independence of theoretical reason as against practical reason, value as against reality, morality as against nature. » *Ibid.*, p. 4.

⁴²¹ « If one understands the 'positive' law as 'empirical' law, law in experience, [...] then the Pure Theory of Law is indeed empiricistic — but **empiricism in the same sense as Kant's transcendental philosophy**. And just as Kant's transcendental philosophy energetically opposes all metaphysics, so the Pure Theory of Law takes aim at the natural law, which, in the field of social reality generally and the field of positive law in particular, corresponds exactly to metaphysics. » H. KELSEN, « The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves », S. L. Paulson et B. L. Paulson (trad.), dans *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 171-172. Lettre écrite en 1933. C'est nous qui soulignons.

⁴²² « Dans le combat que ce génie philosophique a mené *contre la métaphysique*, en s'appuyant sur le fait de la science, et qui lui a valu le nom de "broyeur universel" (*Alles-Zermalmer*), il n'est pas allé jusqu'au bout. De fait, étant donné son caractère, Kant n'avait nullement une nature combative, et il penchait plutôt pour un équilibre qui concilie les contraires. Dans le rôle que joue chez lui la "chose en soi", se cache encore une bonne part de transcendance métaphysique. On cherchera donc en vain chez lui une profession de foi ouverte et sans réserve en faveur du *relativisme*, conséquence inévitable de tout dépassement véritable de la métaphysique. S'en émanciper complètement était au fond impossible pour une personnalité encore si profondément enracinée dans le christianisme. C'est dans sa philosophie pratique que ceci apparaît le plus nettement. Car là précisément où la doctrine chrétienne pèse de tout son poids, le dualisme métaphysique, combattu par Kant avec insistance dans le domaine de la philosophie théorique, fait irruption dans son système doctrinal sur toute la ligne. Là, *Kant* a abandonné sa méthode transcendantale. Du reste, cette contradiction de l'idéalisme critique a déjà été relevée assez souvent. Et c'est ainsi que *Kant*, dont la philosophie transcendantale était tout particulièrement appelée à servir de fondement pour une doctrine du droit et de l'État positiviste, est resté en tant que philosophe du droit sur les rails éculés de la doctrine du droit naturel. On peut même aller jusqu'à considérer sa "métaphysique des mœurs" comme l'expression achevée de la doctrine classique du droit naturel, telle qu'elle a été développée aux XVII^e et XVIII^e siècles sur le terrain du protestantisme. » H. KELSEN, « La Doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », V. Faure (trad.), dans *Théorie générale du droit et de l'État*, s. 1., Bruylant LGDJ, 1997, p. 491.

⁴²³ « ...the Pure Theory of Law was the first to try to develop Kant's philosophy into a theory of positive law, [...] it marks in a certain sense a step beyond Kant, whose own legal theory rejected the transcendental method. Nevertheless, the Pure Theory of Law has been a more faithful custodian of Kant's intellectual legacy than any of the other legal philosophies that draw on Kant. The Pure Theory of Law first made the Kantian philosophy really fruitful for the law by developing it further rather than clinging to the letter of Kant's own legal philosophy. » H. KELSEN, « The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves », *op. cit.*, p. 172.

véritable objet de la science du droit. Pourtant, on pourrait se demander si un projet scientifique comme celui de Kelsen aurait pu être pensable pour Kant. Le droit positif avait beau pouvoir être pensé comme un système, il n'avait pas encore pour assise la positivité qui transformait l'empiricité de l'humain en quelque chose contenant une logique immuable d'une importance intellectuelle. Il était difficile d'imaginer que la vérité du droit qui méritait d'être cherchée résidait dans l'expérience humaine⁴²⁴ ; au contraire, elle devait être à trouver, justement, dans le transcendantal, seule possibilité après que la route du droit naturel classique était barrée par la critique. Kant résolvait le problème avec la raison pratique, qui elle-même n'était pas la vérité du normatif mais ce qui la rendait **pensable**. Il est naturel que la Doctrine du droit qui était un déploiement direct de la vérité établie par la raison pratique ne ressemble, rétrospectivement, qu'à une autre version du droit naturel, car cette vérité n'était pas pensée comme censée rendre compte de l'existence du droit, mais comme une lanterne qui allumait des pensées critiques sur le droit existant.

Ce sur quoi Kelsen s'interroge n'est pas la raison pratique, ni la doctrine du droit établie par cette dernière, mais le savoir du droit positif tel qu'il est réellement pratiqué par les humains. La question de Kant était de savoir comment était possible la faculté de légiférer, comment elle fonctionnait et quelles pouvaient être ses expressions, alors que la question de Kelsen est de savoir quelles sont les *a priori* épistémologiques d'un dispositif intellectuel déjà mis au monde par l'humain et pourquoi il fonctionne. Kant n'aurait jamais pu développer ni de théorie ni de concept tels que ceux proposés par Kelsen, puisque son objet était la raison, et non pas ce qui est empirique chez l'homme. Dans ce sens, Kelsen a en effet réalisé ce que Kant n'avait pas pu, mais c'est exactement là où il n'est pas kantien.

En même temps, nous soutenons que Kelsen est kantien au sens où il est, comme tous les penseurs s'intéressant à la philosophie des sciences depuis la Critique de la raison pure, postkantien. C'est que sans la révolution épistémologique apportée par Kant, la

⁴²⁴ « Une science simplement empirique du droit (comme la tête de bois de la fable de Phèdre) est une tête, qui peut être belle ; mais il n'y a qu'un mal : elle n'a point de cervelle. » dans §B « Qu'est-ce que le droit ? » de E. KANT, *Doctrine du droit*, *op. cit.*

Théorie pure du droit n'aurait pu être pensable, ni même les problématiques pour lesquelles est née la nécessité d'établir une telle entreprise. Nous nous expliquons.

II L'a priori du normatif : la logique de l'imputation

Comme nous l'avons évoqué plus haut, le premier souci de Kelsen est de savoir comment saisir l'être du droit correctement, c'est-à-dire conformément aux principes épistémologiques et aux exigences scientifiques. La première étape est de délimiter le champ de connaissance en question, ce qui veut aussi dire d'identifier les particularités qui distinguent le mode d'être du droit. L'enjeu pour Kelsen est de réussir à expliquer que le droit appartient à un monde qui ne doit pas être confondu avec le monde des valeurs, ni avec le monde de l'empirie — deux problèmes difficiles. Le premier problème est ancien : c'est un des leitmotifs dans la philosophie du droit, le débat récurrent et sans fin entre la thèse de la séparation et l'idée selon laquelle le droit se ravive par la justice, voire en dépend. Le deuxième est nouveau. Il reflète une inquiétude qui se développait vers la fin du XIX^e siècle, suite à la floraison de travaux sociologiques sur le droit et aux influences de la méthode sociologique sur la science du droit ; inquiétude concernant la place et l'indépendance de la discipline du droit, dont Kelsen est particulièrement la proie. Positiviste, la position de Kelsen vis-à-vis du premier problème ne nécessite pas d'explication. C'est sa démarche pour résoudre le deuxième problème, celui d'établir une existence du droit qui serait indépendante de toutes ses représentations empiriques, qui marque la véritable originalité de Kelsen à l'égard de la conception du droit. Cette démarche, c'est sa fameuse théorie de l'imputation.

L'imputation est le nom que donne Kelsen à la logique suivie par toute chose dite normative. Cette logique constitue le pendant à titre égal d'une autre logique, la causalité, qui dirige le déroulement du monde naturel. Les choses naturelles s'expliquent par des rapports de cause à effet, tandis que les choses dites normatives se rendent intelligibles à travers la logique de l'imputation ; ainsi est tracée la distinction entre l'empirique et le normatif dans lequel appartient le droit. Autrement

dit, l'imputation est le trait distinctif, l'élément essentiel qui marque la particularité de l'être du droit.

Cette manière de présenter la théorie de Kelsen est peut-être suffisante pour comprendre ses concepts, mais elle reste inexacte, voire trompeuse si on veut comprendre le travail épistémologique sous-jacent. Reprenons d'une autre façon qui dévoile mieux son approche transcendantale :

Lorsque Kelsen, afin de délimiter le champ de la science du droit, divise le monde en trois catégories — la nature, les normes et les valeurs (ou l'empirique, le normatif et le politique) — c'est en réalité trois types de rapports de l'homme aux choses, ou plutôt, trois manières de comprendre le monde et d'aménager les conditions humaines dont il s'agit. Lorsqu'il est saisi dans l'expérience, le droit, comme tous les phénomènes et toutes les existences dans le monde, n'est pas perçu comme ayant un seul aspect ; il se manifeste dans l'empirie, est créé pour réaliser certaines valeurs ou en est à l'origine, et fonctionne en tant que norme. Dire que le droit relève de la catégorie des normes n'a donc pas de sens en soi, à moins que ce qui est vraiment entendu ne soit pas la nature d'un objet mais une certaine manière de penser cet objet. Il convient donc de traduire ces trois catégories comme suit : l'empirique, c'est ce qui est compris comme observable dans l'expérience et dont la survenue est supposément indépendante de l'observation ; le normatif est un dispositif rationnel conçu dans le but de mobiliser le pouvoir d'ordonner ou de diriger les comportements, les pensées, les perspectives ou les états d'esprit ; le politique, c'est tout ce qui, dans une société, est voulu, approuvé, loué ou le contraire de tout cela, même sans s'être réellement produit. Il faut donc comprendre ces trois catégories d'objets comme des produits de différentes techniques de pensée ; l'empirique, le normatif et le politique sont en réalité respectivement les résultats du connaître, du légiférer, et du juger. À ce stade, nous sommes toujours dans le sillage de la révolution copernicienne de Kant, de la pensée transcendantale, même si la division ici en question ne correspond pas exactement à la répartition des facultés que traite le criticisme.

La théorie de l'imputation devrait être comprise comme une théorie qui saisit une logique ou une technique de pensée et non pas un objet qui serait naturellement normatif. Identifier l'objet à partir de la logique qui l'a créé — c'est pour Kelsen la seule manière de saisir l'essence du droit sans se laisser porter par des phénomènes empiriques qui l'ocultent au lieu de l'éclaircir. Comprendre quelque chose dont la nature est supposée complètement différente de sa manifestation empirique, laquelle est pourtant son seul indice — c'est bien là toute la difficulté pour les positivistes. S'inspirant de Kant, Kelsen trouve sa solution en remontant à la source de l'objet d'étude, c'est-à-dire à la vision humaine qui le reconnaît comme tel, qui le présente comme distingué et doté de sens.⁴²⁵ La causalité et l'imputation sont donc deux logiques différentes que le sujet connaissant impose aux phénomènes observables, et ainsi sont créées deux sphères distinctes. De cette manière, on peut dire que la nature est la sphère dont les éléments sont considérés ou imaginés comme liés les uns aux autres en tant que causes et effets ; ces rapports causaux font que les choses se manifestent comme une suite d'évènements déclenchés les uns après les autres, automatiquement et inévitablement. Les normes, par contre, sont créées parce que l'on conçoit les relations entre certains faits (passés ou éventuels) non pas comme d'ordre causal, mais commandées par une certaine intention ou volonté, ou alors par un acte instituant sans qu'une intention quelconque ait été réellement formulée. D'après cette manière de concevoir les choses, deux faits sont mis en rapport en tant que condition et conséquence, selon la formule « si le fait A se produit, alors le fait B **doit** se produire. » Par exemple : si quelqu'un réussit l'examen, on devra lui remettre un prix ; si quelqu'un fait du mal à un autre, il devra lui présenter ses excuses ; si un policier vous met une amende, vous devrez vous en acquitter. Ou encore, de manière inversée : si vous êtes incarcéré, c'est parce que c'est le **devoir** du juge de décider ainsi ; si vous vouliez éviter ce sort, vous auriez **dû** respecter la loi. La reconnaissance du devoir

⁴²⁵ « ...conformément à la théorie de la connaissance de Kant, la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif, et [elle] "crée" donc son objet en tant qu'elle le comprend comme un tout présentant une signification, un tout intelligible. De même que le chaos des perceptions sensibles ne devient un système doué d'unité — le cosmos, la nature — que par le travail de la connaissance scientifique qui y introduit l'ordre, de même la masse des normes juridiques générales et individuelles posées par les organes juridiques, c'est-à-dire les matériaux donnés à la science du droit, ne devient un système présentant une unité, exempt de contradictions, en d'autres termes un ordre — un ordre juridique — que par le travail de connaissance qu'elle effectue la science du droit. Mais cette "création" n'a qu'un caractère purement intellectuel : c'est seulement au regard de la théorie de la connaissance que l'on peut parler ici de création. Il faut bien le voir, l'opération est d'une nature essentiellement différente de la création du droit par l'autorité juridique, et d'ailleurs aussi de la création d'objets par le travail humain. » H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, C. Eisenmann (trad.), 2^e éd., Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 1999, p. 80.

représente une conception qui ne s'explique pas par une simple suite d'évènements — le fait que vous avez volé, que la police vous a arrêté, que le juge a annoncé sa décision, qu'un officiel vous a envoyé en prison..., tout cela n'explique pas vraiment en quoi l'incarcération pouvait être la réponse à votre situation, ni si elle était bien fondée ou non. L'imputation est le nom que Kelsen donne à cette logique où il est décidé que quelque chose ou une certaine action est **due** si une certaine condition est remplie. Cette manière d'envisager les choses, de penser qu'un certain état des choses doit être ou non, est une considération d'un tout autre genre que la logique empirique consistant à savoir si cet état des choses est réellement arrivé ou s'il existe une probabilité que cela arrive.

Mais c'est là où s'arrête le chemin partagé par Kant et Kelsen, ce que nous voyions poindre déjà depuis un moment. Certes, pour l'un comme pour l'autre, l'empirique est engendré par la faculté de connaître, le normatif par la faculté de légiférer, le politique par la faculté de poursuivre des finalités. L'entreprise de Kant consiste justement à démontrer ces pouvoirs de l'esprit et à exposer leur pleine capacité. L'idée est d'explorer ce dont est capable la raison, et ce que celle-ci exige. Pour le dire simplement, on apprend avec Kant ce qu'est connaître de manière rigoureusement scientifique, légiférer de manière complètement rationnelle, et juger de manière à renforcer, guider et concrétiser l'exercice des deux autres facultés ; on y apprend, en tant qu'être humain, comment développer les pouvoirs de son esprit en cherchant à parvenir à ce qu'exige la raison. Or, le problème de Kelsen est tout autre : ce qui intéresse Kelsen est l'homme, pas la raison. C'est ce qui est réellement constaté comme empirique, ce qui est effectivement statué comme normatif et ce qui s'avère politiquement en jeu qui l'intéressent, et non pas ce que ceux-ci devraient être selon la raison.⁴²⁶ La véritable lignée archéologique dont est issue la problématique de Kelsen n'a pas pour origine le criticisme, mais l'Anthropologie, dans une optique non

⁴²⁶ Cette différence provient du fait que Kelsen, au fond, ne croit pas à la notion de la raison pratique de Kant ; elle est pour Kelsen une notion contradictoire du point de vue de la science car elle ne s'est pas débarrassée d'un fond métaphysico-théologique. « La raison humaine est une faculté de connaissance ou une faculté de pensée [...] Au moyen de la raison, on peut connaître les normes — posées par une autorité au moyen d'actes de volonté —, on peut créer des concepts, mais non créer des normes. La raison en tant que législateur moral est la notion centrale de l'éthique kantienne. Mais cette raison est d'après Kant la *raison pratique*, et celle-ci est — comme la raison divine — à la fois pensée et volonté, et elle est — si on l'observe de plus près — la raison divine dans l'homme, la raison de Dieu à laquelle l'homme participe en tant qu'il a été créé à l'image de Dieu. » H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, O. Beaud et F. Malkani (trad.), Paris, PUF, 1996, p. 8, 9.

seulement postkantienne mais surtout « post École historique ». La problématique kelsénienne représente à la fois une continuation et une rupture — nous reviendrons sur cette deuxième partie — dans la lignée anthropologique. C'est parce que l'homme est devenu un objet de la science, parce que ses propres faits sont devenus des expressions des positivités qui ont acquis une existence indépendante et qui conditionnent l'homme, que le droit peut être pensé, comme le langage, en tant que quasi-transcendantal et que la question de son fondement épistémologique peut être considérée, par Kelsen, au même titre que la question du fondement de la connaissance de la nature. « Dans la sphère du droit, que j'appelle dans un article ultérieur "la réalité juridique", un délit est lié à une punition avec la même nécessité que lorsque, dans la sphère de la nature ou dans "la réalité naturelle", une cause est liée à un effet. Et le jugement : "si quelqu'un vole, il doit être puni" a droit à la validité dans le domaine du système du droit positif, au même titre que le principe : "si une matière est chauffée, elle s'étend" qui réclame la validité dans le domaine de la nature. »⁴²⁷ — ainsi explique Kelsen rétrospectivement l'intérêt central de son premier ouvrage de philosophie du droit, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, avec cette fois-ci un regard néo-kantien.⁴²⁸ Ici, la validité ne signifie pas la validité juridique au sens où une loi est valide, mais la validité épistémologique au sens où une proposition est établie selon une certaine logique et peut être ainsi soumise aux vérifications scientifiques.⁴²⁹ Autrement dit, Kelsen prend cet objet, le droit, qui est né empiriquement et positivement, puis devenu indépendant de son auteur, et le traite comme ce que l'on fait, depuis Kant, pour des existences de la nature dont la connaissance présuppose

⁴²⁷ H. KELSEN, « 'Foreword' to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law », *op. cit.*, p. 5.

⁴²⁸ On distingue généralement trois périodes de pensée de Kelsen. Le Kelsen le plus connu est celui de la période dite classique, qui commence autour de 1920 et marquée par une influence néo-kantienne. Dans cette préface ajoutée en 1923, Kelsen fait explicitement référence à Wilhelm Windelband, Georg Simmel (l'école d'Heidelberg) et Cohen (l'école de Marburg), en tant que ressources théoriques dont s'est inspiré le travail de *Hauptprobleme*. Or, d'après Paulson, la théorie de Kelsen s'est développée indépendamment de l'école de Marburg ; la liaison conceptuelle de sa théorie à celle de Cohen a été faite rétrospectivement, d'abord suggérée par Kelsen lui-même et ensuite soutenue par ses commentateurs. Voir S. L. PAULSON, « Kelsen and the Marburg School: Reconstructive and Historical Perspectives », dans W. Krawietz, N. MacCormick et G. H. von Wright (éd.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems: Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 481-494. Sur les différentes périodes de la pensée de Kelsen, voir S. L. PAULSON, « Toward a Periodization of the Pure Theory of Law », dans L. Gianformaggio (éd.), *Hans Kelsen's Legal Theory: a Diachronic Point of View*, Turin, G. Giappichelli Editore, 1990, p. 11-47 ; S. L. PAULSON, « Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, n° 1, 1998, p. 153-166.

⁴²⁹ C'est pour cela que, une fois sa problématique éclaircie sous ces termes, Kelsen considère désormais les propositions juridiques comme un type de jugements hypothétiques. H. KELSEN, « 'Foreword' to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law », *op. cit.*, p. 5

l'effectivité de la raison théorique.⁴³⁰ Le droit en tant qu'être rationnel présuppose, lui aussi, un certain usage de la raison théorique. De la même manière que les mathématiques présupposent la synthèse, les propositions normatives présupposent la logique de l'imputation, qui s'exprime par « *Sollen* » / « il faut » / « *ought* ». Ainsi on voit le retour du criticisme en tant que méthode, pour résoudre la problématique qui n'aurait pas lieu d'être si la question du droit n'avait pas été passée par la pensée anthropologique, si le normatif n'avait pas été perçu comme une existence indépendante. Le duo causalité—imputation est le résultat d'un long détour anthropologique, il ne peut naître qu'à ce stade archéologique et non pas plus tôt. Kelsen, en ce sens, représente un cas d'école de la formation des sciences humaines dans le récit archéologique de Foucault.

Section 3 Une connaissance théorique sur une connaissance pratique

Kelsen découvre dans l'intelligence humaine la logique d'imputation, qu'il entend, pour ainsi dire, comme l'*a priori* du normatif. C'est cet *a priori* qui fonde la possibilité de la création des normes et la possibilité de les reconnaître comme telles — la nature de l'objet et les limites de la connaissance sont donc retracées du même coup avec cette même logique. On peut ainsi décrire le point épistémologique où Kelsen diverge du chemin de Kant : tandis que Kant cherche à construire la connaissance pratique (selon la raison), Kelsen veut établir une connaissance véritablement scientifique **sur** la connaissance pratique (pour rester sur la terminologie kantienne) telle que celle-ci est construite, confirmée, pratiquée ou modifiée dans l'usage ou par les doctrines.⁴³¹ Dans

⁴³⁰ « De même que Kant pose la question de savoir comment une interprétation des faits donnés à nos sens exempte de toute métaphysique est possible dans les lois naturelles formulées par les sciences de la nature, de même la théorie pure du droit pose la question de savoir comment est possible une interprétation de la signification de certains faits comme un système de normes juridiques objectivement valables, descriptibles dans des propositions de droit, une interprétation qui ne recourt pas à des autorités métajuridiques telles que Dieu ou la Nature. » H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 201-202. Kelsen établit ce parallèle pour expliquer la fonction de la norme fondamentale en tant qu'elle est la condition de possibilité de la validité objective d'un ordre juridique positif. Mais dans ce sens, on peut dire que la formulation de la norme fondamentale n'est qu'une démarche nécessaire et inévitable dans l'accomplissement d'une théorie, déjà en cours de développement à l'époque de *Hauptprobleme*, qui a pour point de départ la question de la possibilité épistémologique de la connaissance du normatif et, pour solution, une méthode transcendantale particulière à l'établissement du normatif.

⁴³¹ « En formulant cette théorie de la norme fondamentale, la théorie pure du droit n'inaugure absolument pas une nouvelle méthode de la connaissance juridique. Elle ne fait qu'amener à la pleine conscience ce que tous les juristes font, le plus souvent sans s'en rendre compte, lorsqu'ils conçoivent que les données qui ont été caractérisées ci-dessus ne sont pas des faits déterminés par les lois de la causalité, mais les considèrent conformément à leur sens subjectif, comme des normes objectivement valables, comme un ordre juridique normatif, sans rapporter la validité de cet ordre à une norme supérieure,

l'expérience réelle, la connaissance pratique est forcément construite imparfaitement, que ce soit au niveau des concepts ou de la systématisation. Mais elle est toujours, malgré son imperfection, construite selon une certaine logique ; une logique qui ne se trompe jamais car il s'agit d'une logique de création et il n'est pas question de vrai ou faux, ni de bien ou mal. Les défauts qui existent dans la connaissance pratique ne font pas perdre à celle-ci son effectivité normative pour autant ; inversement, les propositions qui ne sont pas formulées selon cette logique ne font pas partie du corps de la connaissance pratique même si elles portent des informations importantes pour celle-ci. La thèse de la séparation ou l'idée selon laquelle « une mauvaise loi n'est pas moins une loi », n'est que la surface de la véritable mission scientifique consistant à décortiquer la logique par laquelle les normes se forment et se comprennent. Elle est au droit ce qu'est la grammaire à la langue : les mensonges ou les lapsus restent des phrases dites, mais certaines poésies, même celles qui expriment le mieux la vérité de la vie, se veulent être des sons au lieu de sens bien construits. La connaissance que veut établir Kelsen est justement la « grammaire » de la connaissance pratique. C'est dans ce but que la scientificité du droit réside non pas dans le fond mais dans la forme. C'est cette forme qui détermine la qualité juridique d'une proposition ; elle est « la loi du droit », loi au même sens que dans « la loi de la nature » qui est la causalité.⁴³² C'est ainsi, par la notion de l'imputation — la logique génératrice, la grammaire, la formule ou la loi de création des normes —, que Kelsen épingle le mode d'être du droit et élabore le programme de sa théorie du droit.

Et si parler est un art et savoir parler peut déjà faire l'objet d'une science, la linguistique, elle, ne peut qu'être composée de métalangage ; de même, si légiférer est déjà l'usage d'une faculté humaine et la science du droit une reconnaissance méthodique de ce qui est légiféré / érigé en droit, alors la Théorie pure du droit de Kelsen, ou dans ce sens toute tentative positiviste qui consiste à définir le mode d'être

méta-juridique, c'est-à-dire posée par une autorité supérieure à l'autorité juridique — en bref : lorsqu'ils conçoivent le droit exclusivement comme droit positif. La théorie de la norme fondamentale n'est rien d'autre que le résultat d'une analyse d'une façon de procéder qu'une connaissance du droit positiviste a appliquée depuis toujours. » *Ibid.*, p. 205-206. Concernant la théorie de la norme fondamentale de Kelsen, voir *infra*. Chapitre 4, Section 3.

⁴³² « For me, therefore, the core problem becomes the *reconstructed legal norm* (*Rechtssatz*), understood as the expression of the specific lawfulness, the autonomy, of the law, as the legal counterpart to the law of nature (*Naturgesetz*) — the 'law of the law', so to speak, the *law of normativity* (*Rechtsgesetz*). » H. KELSEN, « 'Foreword' to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law », *op. cit.*, p. 5.

du droit tel qu'il a toujours été présupposé dans chaque énoncé juridique, est une méta-science du droit qui ne peut être élaborée qu'en un langage tout autre que celui d'une science du droit traditionnelle. Voilà ce qui distingue la théorie de Kelsen et toute la vague du positivisme juridique contemporain.

Certes, toute théorie contient plus ou moins des éléments méta-scientifiques, c'est-à-dire des réflexions portant sur ses propres méthodologie, fondements, objectifs et limites, des concepts qui fondent la cohérence de la démarche scientifique au lieu de composer le corps du système. Tout traité de droit commence par proposer une conception plus ou moins détaillée du droit et par décrire les apports scientifiques envisagés et la portée du projet. Mais ces éléments servent à situer le travail lui-même ; ils ne sont que le contexte. Or, le positivisme juridique contemporain a justement pour objet ce contexte. C'est un terrain scientifique fraîchement découvert qui pose une rupture dans la longue histoire de la science du droit, dans la mesure où cela crée non pas un nouveau paradigme, mais une nouvelle discipline parallèle. Même si dans l'idée courante, cette discipline n'en est pas une : on aurait plus tendance à penser qu'il s'agit d'une nouvelle thématique qui peut être placée sous la discipline de la philosophie du droit. Il y a sûrement de bonnes raisons pédagogiques et académiques pour cet arrangement. Il n'empêche que cette « thématique » ne partage ni l'objet, ni l'utilité de la philosophie du droit traditionnelle qui consiste à enrichir la connaissance des matières juridiques et à développer le sens juridique. Elle consiste plutôt en des théories qui ne voient le droit que tel qu'il est traité et rendu intelligible par l'homme, pour le meilleur et pour le pire. Le droit, pour le positivisme juridique contemporain, est vide en soi, il n'est que le reflet d'un certain usage de l'intelligence humaine ; en découvrant la manière dont cet usage est codifié, on obtient une forme universelle capable d'assumer la fonction d'identifier l'être du droit. Selon cette optique, toutes les fois dans l'histoire où les juristes, dans le cadre de leur projets scientifiques (et non pas politiques), ont reconnu en droit quelque chose d'inhérent, immuable et substantiel — une valeur, une loi naturelle ou un principe rationnel —, ce ne sont que des illusions sur le concept du droit qu'ils ont créés ; ce faisant, ils méconnaissent leur rôle en tant que scientifiques du droit et, de ce fait, une part de la vérité des êtres humains demeure obscure à la conscience humaine. C'est pour cela que le positivisme

juridique contemporain est (et doit être) une philosophie de la science du droit plutôt qu'une philosophie du droit. Car si le positivisme juridique contemporain est vraiment tel qu'il prétend être, c'est-à-dire une science qui laisse son objet intact et intouché par ses interrogations, alors il ne peut être le fondement philosophique du droit, puisqu'avec ou sans lui, le droit restera le même.

Chapitre 3 Le déclin de l'image de l'homme

Section 1 Le positivisme juridique : une méta-science humaine

En tant que « méta-science » qui a pour objet la forme que prend toute conception juridique, le positivisme juridique contemporain émerge comme une sorte de sous-produit archéologique de l'épistémè du XIX^e siècle, lorsque le droit a acquis une existence complète. Mais aussitôt, il semble saper la raison d'être de la science du droit qui a perduré jusque-là. Dans le modèle du XIX^e siècle, lorsque le droit apparaissait comme un système autonome et indépendant, la science se vouait à l'entretien de son bon fonctionnement et à ses améliorations. Le droit était certes un être indépendant, mais il ne l'était pas plus qu'un humain qui malgré son individualité n'est pas insensible aux influences, qu'elles soient bonnes ou mauvaises, et peut bénéficier de l'éducation et des soins qui lui sont apportés. Le droit et la science du droit se trouvaient dans pareille relation qui est quelque peu paradoxale : la science participait à la formation du droit sans lui faire perdre son statut indépendant ; c'était même en le reconnaissant comme un système indépendant qu'elle a su développer la méthode de la systématisation compatible et bénéfique à cet être. Cette technique épistémologique s'est précisée avec l'approche inédite de Savigny et s'est parfaite avec le pandectisme, mais son prototype se trouvait déjà dans l'Anthropologie kantienne, dans la problématique épistémologique inhérente à des réflexions qu'elle se proposait en vue de se construire en une science : qu'est-ce que cela impliquerait et quel modèle scientifique faudrait-il, lorsque, en tant qu'homme, on étudie l'homme ? La réponse était que l'on devait considérer l'homme comme libre et indépendant — sinon on se serait trompé sur la nature de son objet —, mais en même temps, on devait supposer que la connaissance obtenue le changerait, en lui apprenant à utiliser ses pouvoirs et en lui dévoilant ses devoirs — sinon ç'aurait été renoncer à la possibilité de changer le destin de l'homme avec le progrès de la science. C'est ce duo composé contradictoirement de l'intervention scientifique et de l'indépendance de l'objet qui constituait la véritable qualité d'une science proprement anthropologique : le

pragmatique. Mais le caractère « méta » du positivisme juridique contemporain signifie une totale inversion de ce modèle. On n'est plus dans la position de celui qui, face à ses propres conditions, songe à des manières de les changer ou de les maîtriser en élaborant ou en interprétant des normes. On est à un pas derrière tout cela afin de l'observer objectivement ; on en retire le schéma et ainsi on obtient la définition de ce que l'homme appelle le droit. En ayant pour objet la positivité du droit, on évite le face-à-face avec le droit. Ce dernier en tant qu'objet d'étude ne subira aucune modification et ne sera chargé d'aucune attente suite à l'interrogation scientifique, et on ne se retrouvera jamais dans l'embarras où le soi politique entre en conflit avec le soi scientifique. La raison d'être de l'ancienne science du droit, que ce soit le progrès ou la justice, ne s'affiche nulle-part dans la perspective de cette « méta-science » du droit. Celle-ci a pour conviction que la seule façon dont elle peut être utile à l'amélioration de l'humanité est de ne rester que ce qu'elle est, en tant que pure science. Rigoureusement objective en se mettant derrière les facteurs humains, elle laisse aussi carte blanche à l'homme pour agir sur sa propre condition. On voit que, dans le positivisme juridique contemporain aussi, les considérations anthropologiques sont omniprésentes. Mais elles sont nettement différentes de celles que l'on trouve dans le modèle typique du XIX^e siècle. Pour reprendre la métaphore des « *Ménines* », c'est comme si la pensée ne se sentait plus piégée dans la position qui rend tout le jeu de la représentation possible, comme si elle n'était plus à la même place où Vélasquez s'est tenu, où le couple royal représenté était censé se situer ; comme si, en revanche, elle avait fait un pas à côté afin d'avoir l'auteur du tableau aussi dans son champ de vision, de se mettre à l'extérieur de tout l'acte de la création et d'en avoir une image fidèle.

Le positivisme juridique contemporain en tant que méta-science du droit est une science anthropologique, et malgré son souci de se différencier des sciences empiriques, il est plus proche de la discipline appelée aujourd'hui anthropologie que de l'Anthropologie kantienne, dans la mesure où le positiviste se met dans une position où les choses sont examinées comme si elles ne le concernaient pas, à l'instar d'un anthropologue qui collecte les informations d'une civilisation à laquelle il n'appartient pas. Mais comme la formalisation du langage que Foucault a montrée, la formalisation du normatif dans le but de saisir un des traits universels de l'intelligence humaine,

passé aussi par la suspension d'une notion qui représente depuis longtemps l'essence de l'homme par excellence. Pour l'expliquer, nous allons reprendre l'exemple de Kelsen.

Section 2 La disparition de la liberté

D'après Kelsen, la différence entre l'« être » et le « devoir être » — entre *Sein* et *Sollen*, ou entre l'effectif et le normatif — ne nécessite aucune explication.⁴³³ C'est chose évidente, car il s'agit de deux types de produits issus respectivement de deux logiques différentes que l'homme a développées pour et par lui-même afin d'appréhender le monde qui l'environne : la causalité et l'imputation. Mais s'il faut vraiment faire une comparaison entre les deux, on constatera, selon Kelsen, que la logique d'imputation se distingue par deux caractéristiques. Premièrement, ni l'élément initiateur — l'acte qui institue la norme —, ni le fait A, qui est considéré par la norme comme la condition, ni le fait B, déterminé comme la conséquence, ne sont d'ordre nécessaire. C'est justement parce que le premier fait n'est pas une nécessité — sinon il ne pourrait pas faire l'office de condition —, et parce que le deuxième n'est pas déclenché ou ne se déclenchera pas automatiquement comme s'il était causé directement par le premier — ou en tout cas il n'est pas perçu comme tel —, que l'existence d'une norme est requise pour qu'un rapport s'installe entre les deux. L'élément initiateur, que Kelsen qualifie d'acte de volonté, constitue donc une marque de différence pour distinguer un rapport d'imputation d'un rapport causal. Deuxièmement, en raison de la première caractéristique, du fait que dans la sphère normative, deux faits sont liés non pas par leur probable déroulement naturel, mais par un rapport d'imputation, il n'y a pas d'effet d'enchaînement qui relie automatiquement les faits à l'infini, comme dans le monde naturel où chaque effet d'une chose est à son tour nécessairement la cause d'une autre. On peut bien évidemment enchaîner des

⁴³³ « La différence entre *Sein* et *Sollen*, "être" et "devoir" ou "devoir être", ne peut pas être expliquée davantage. Elle est donnée à notre conscience de façon immédiate. Personne ne peut nier que l'assertion que ceci ou cela "est" — c'est l'assertion qui décrit un fait positif — est essentiellement différente de la proposition que quelque chose "doit être" — c'est l'assertion qui décrit une norme ; et personne ne peut nier que, du fait que quelque chose est, il ne peut pas suivre que quelque chose doive être, non plus qu'inversement de ce que quelque chose doit être, il ne peut pas suivre que quelque chose est. » H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 14.

rappports d'imputation — par exemple, un devoir de vigilance particulier peut être imputé aux propriétaires d'animaux quant aux probables nuisances que ceux-ci peuvent causer ; le manquement à un tel devoir peut constituer à son tour la condition d'une sanction. Mais chaque imputation dans la chaîne est une mise en rapport individuelle qui nécessite un élément initiateur indépendant, et il y a toujours un moment où l'enchaînement prend fin, là où la conséquence — une sanction dans le contexte juridique, ou une désapprobation dans le contexte moral, par exemple — dépend en dernier ressort de la réalisation d'une conduite humaine. Cette dernière, Kelsen l'appelle le point final de l'imputation.⁴³⁴

Si la distinction conceptuelle entre la causalité et l'imputation est immanente chez l'homme, ce que chacun des deux concepts représente concrètement peut varier d'une personne à l'autre, et le décalage peut être plus marqué entre différentes cultures.⁴³⁵ Par exemple, le réchauffement climatique est pour certains la répercussion inévitable du concours des facteurs environnementaux et des activités humaines depuis la révolution industrielle, mais pour d'autres, il est la rétribution divine subie par l'homme moderne qui n'aurait pas dû trahir les valeurs traditionnelles. Il est donc important de noter que les applications des deux logiques sont relatives et non pas objectives, et on ne peut les distinguer qu'à travers les interprétations qui sont faites sur ce qui est advenu par ceux qui se sentent concernés. Il s'ensuit que déterminer si un phénomène appartient à l'une ou à l'autre catégorie n'est pas chose évidente, surtout quand il s'agit d'étudier la société d'une autre culture. C'est là où l'explication sur les deux caractéristiques de l'imputation ci-dessus s'avère utile, et où l'orientation anthropologique de la théorie de Kelsen semble la plus transparente. Une de ses thèses originales pose en effet que la logique de l'imputation est probablement une conception plus ancienne que la causalité chez l'homme, que dans les sociétés où la connaissance scientifique de la nature est encore peu développée, les humains ont tendance à croire

⁴³⁴ Kelsen sur les différences des deux types de rapports : Chapitre 7 de *Théorie générale des normes*, *op. cit.* ; « Causality and Imputation », *Ethics: an International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, LXI, n° 1, 1950, p. 1-11.

⁴³⁵ « Pour éviter tout malentendu, il faut affirmer que l'assertion que la distinction entre *Sein* et *Sollen* est donnée immédiatement à notre conscience ne signifie en aucune façon que le contenu du *Sollen*, ce qui doit être et ce qui est en ce sens "bien", puisse être connu immédiatement par quelque faculté de l'esprit particulière qui serait une "intuition" (*Schau*) spécifique du bien et du mal. Le contenu du *Sollen*, c'est-à-dire ce qu'un ordre moral ou un ordre juridique positif prescrit, est déterminé par des actes de volonté, et lorsqu'il est ainsi déterminé, est connu. » H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 14, note 1.

que tout ce qui advient dans leur monde est commandé par une volonté divine. La famine est une punition, la bonne récolte une récompense. Chaque chose a son auteur, chaque objet est habité par un esprit ; chaque être, même non humain, voire non vivant, peut faire l'objet d'une sanction. À ce stade, il n'y a pas vraiment de différence entre causer et imputer pour les humains, ce sont les besoins de comprendre ce qui leur arrive et de déterminer comment se comporter dans leur environnement qui priment avant tout. Kelsen suppose même que le concept de la causalité a été formulé sur le modèle de l'imputation, sur la base d'une relation qui lie deux faits individuels, en enlevant progressivement l'idée d'un responsable derrière les faits. Pour Kelsen, l'ouverture d'un espace neutre pour accueillir la notion de la nature régie par la causalité est le processus par lequel l'homme se libère de l'emprise de l'idée irrationnelle d'une volonté surhumaine.⁴³⁶

Poursuivant fidèlement dans cette thèse anthropologique, Kelsen ne voit pas d'autres possibilités que de conclure ceci : l'origine du normatif n'est pas la liberté ; c'est même dans un état contraire que la logique de l'imputation est née. La liberté qui depuis les Lumières permet à un être humain de se croire capable d'être maître de lui-même, et qui depuis Kant est devenu le fondement par excellence du droit, a perdu tout son poids dans la théorie de Kelsen. Rien dans la formulation de l'imputation n'indique que la liberté en serait un composant nécessaire. Que l'homme soit libre ou pas, l'imputation est toujours possible. En revanche, d'après Kelsen, la notion de liberté est possible justement parce que les humains savent penser en termes d'imputation. C'est parce que les actions humaines peuvent être ciblées comme conditions d'imputation, parce qu'elles sont attendues ou rejetées dans le but d'établir une réglementation, que la notion de liberté est créée pour nommer cet état où l'homme est censé agir dans le sens attendu et est supposé en avoir la capacité. « Que l'homme soumis à un ordre moral ou à un ordre juridique soit "libre", cela signifie qu'il est le point final d'une imputation, [ce] qui n'est possible que sur la base et en vertu de cet ordre normatif. »⁴³⁷ La théorie pure du droit est ainsi créée de manière que la liberté ne joue aucun rôle constituant dans le système. Plus précisément, chez Kelsen, la liberté n'est pas une qualité en soi,

⁴³⁶ « Causality and Imputation », *op. cit.*, p. 3-5.

⁴³⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 101.

elle désigne simplement l'état et la mesure où l'homme n'est ni contraint par les lois de la nature, ni par les normes. Autrement dit, la liberté ne peut être pensée qu'en rapport avec ce qui impose des contraintes ou des obligations. D'ailleurs, c'est justement parce que la liberté n'est qu'un état conditionné, et que l'homme est assujéti à des règles causales, que les normes peuvent fonctionner en tant que règlement des comportements humains :

L'idée que seule la liberté de l'homme ainsi entendue, c'est-à-dire sa non-soumission à la loi de causalité, rendrait possible la responsabilité, c'est-à-dire l'imputation, est en contradiction manifeste avec les faits de la vie sociale. L'établissement d'un ordre normatif [qui] règle la conduite des hommes, et qui est la seule base possible de l'imputation, présuppose précisément que la volonté de l'homme dont la conduite est réglée est susceptible d'être déterminée causalement, c'est-à-dire qu'elle n'est pas libre.

[...]

Certains ne nient sans doute pas que la volonté de l'homme soit bien, en réalité, déterminée causalement, comme tous les phénomènes, mais affirment que, pour rendre l'imputation morale ou l'imputation juridique possibles, on devrait nécessairement raisonner comme si la volonté de l'homme était libre ; en somme : on devrait maintenir l'affirmation de la liberté de l'homme, de sa non-détermination causale, comme une fiction nécessaire. C'est là une thèse parfaitement superflue : dès lors que l'on a reconnu que l'imputation est une mise en relation de faits qui est différente sans doute de la causalité, mais qui n'est nullement en contradiction avec elle, il n'est nul besoin de la fiction proposée.⁴³⁸

La liberté n'est qu'une fiction que l'on croit nécessaire pour rendre compte de la possibilité et de l'origine de la volonté humaine. Mais Kelsen soutient que l'ordre normatif fonctionne justement parce que la volonté humaine est soumise à l'ordre causal, il n'y a donc pas besoin d'y projeter une origine mythique. « La volonté humaine est un phénomène psychique et est ainsi apte aux recherches psychologiques. »⁴³⁹ Et la psychologie en tant que science sociale qui étudie ce qui se passe réellement chez les humains « n'est pas différente par essence des sciences naturelles, comme la physique, la biologie ou la physiologie. »⁴⁴⁰ La véritable science du droit ne saurait donc être basée sur la liberté, qu'elle soit un concept métaphysique ou empirique. Dans le premier cas, la science positiviste ne peut, voire ne doit pas la

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 101-103.

⁴³⁹ « Causality and Imputation », *op. cit.*, p. 8.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 5.

voir ; dans le second, elle n'est qu'un facteur donné qui ne peut nullement constituer un *a priori* de la science.

Les diverses théories du positivisme juridique contemporain ont ceci en commun : la liberté en tant que fondement du droit n'est plus leur sujet. Soit elles réfutent le concept, soit elles revendiquent ne pas être à même de la traiter. Ç'aurait créé sinon un dilemme à la fois théorique et éthique pour le positivisme : si l'on admet que la liberté est fondamentale et qu'elle est l'*a priori* du droit et donc de la science du droit, comment justifier la position de ne pas s'engager dans la défense et la poursuite de la liberté ? C'est justement, et paradoxalement, le caractère anthropologique du positivisme juridique qui fait que cette faculté, considérée comme la marque identitaire de l'espèce humaine, doit désormais ne plus être prononcée dans son langage scientifique. Après tout, si les théories positivistes nous permettent d'identifier les normes effectives dans une société complètement étrangère, qu'est-ce qui permettrait de déterminer si ces autres observés sont libres, s'ils le sont plus ou moins que nous, de la même façon que nous ?

Sans doute pourrait-on dire que la même approche anthropologique permet tout de même de constater si une certaine notion de liberté existe effectivement dans une société : en observant les membres de cette société, on peut savoir s'ils basent leurs échanges sur une notion semblable, ou si le bon fonctionnement de leurs institutions nécessite une compréhension commune d'une telle notion. Cela est bien évidemment vrai. Il n'y a rien dans la réalité que le positivisme ne puisse constater une fois qu'il en détient la preuve. Mais il reconnaît tout à travers le caractère positif, à travers le fait que la chose en question est posée par l'homme et que son effectivité est affirmée par l'ordre fonctionnel en place. Ce dont le positivisme est incapable, c'est de créer des normes lui-même à partir de ses propres principes scientifiques, puisque rien parmi ceux-ci ne lui permet d'énoncer un « il faut » absolu. Si le positivisme constate que le normatif fonctionne là où la notion de liberté est inconnue, il ne peut qu'accepter ce fait et ne saurait prêcher la notion ni imposer des normes basées sur elle. Dans le cas où la notion de liberté assure une fonction réelle, elle n'est pour lui qu'un outil pour décrire ce qu'il observe et ne peut être en aucun cas utilisée pour justifier ou condamner

celui-ci. Pour être complètement fidèle à la positivité qu'il étudie, le positivisme ne peut rien voir au-delà : c'est ainsi que le modèle est programmé. Les positivistes peuvent bien évidemment avoir leurs avis sur ce qu'ils observent selon le système de valeurs de chacun, mais ceci ne vient pas des leçons du positivisme.

Il y a un autre aspect du modèle positiviste qui contribue à l'expulsion de la liberté hors du territoire scientifique. Le but ultime du positivisme juridique contemporain est de définir le concept de droit et d'exposer ce qui le compose. En même temps, tout ce sur quoi il peut s'appuyer est donné dans l'empirie. Il s'ensuit que diverses stratégies doivent être déployées pour faire abstraction de tout ce qui est sujet à la relativité afin d'atteindre l'universalité. Pour la question de la liberté, d'une part, il s'agit d'un concept relatif parce que tous les systèmes du droit qui ont jamais existé n'ont pas ce concept. D'autre part, en tant qu'expérience, le fait d'être libre n'est en rien différent d'autres facteurs empiriques qui sont tous une question de niveau — c'est dire que non seulement la liberté absolue n'existe pas, mais aussi que cette idée même n'a aucun sens. Il semble donc logique, pour l'approche positiviste, de tourner le dos à la notion la plus populaire du monde et qui prétend décrire la nature universelle qui définit l'homme.

On peut, cependant, poursuivre cette logique et demander : mais n'est-il pas aussi une question relative, de déterminer ce qui appartient au relatif, ce qui appartient à l'universel ? Penser et organiser l'ordre normatif à partir d'un concept aussi rationnel et abstrait que la norme, n'est-ce pas déjà un choix délibéré de faire primer le point de vue de la profession des juristes de la tradition européenne, par exemple ? La structure hiérarchique des normes — théorie de Kelsen que nous exposerons plus tard —, n'est-elle pas illustrative uniquement dans le contexte où la forme de l'État moderne est devenue le modèle prédominant des entités politiques, par exemple ? Si la quête de l'universel fait naître le formalisme, c'est aussi en allant jusqu'au bout du chemin — en relativisant même des concepts formels — que la limite du formalisme, et donc de la méthode positiviste, se laisse entrevoir. Ainsi Alf Ross, représentant du réalisme scandinave, demande si les concepts comme normes, droits ou obligations sont même nécessaires pour comprendre un ordre normatif, ou tout simplement, pour qu'il puisse

y avoir un ordre normatif passible d'études scientifiques ; s'il est pertinent, scientifiquement parlant, d'analyser avec de tels concepts l'ordre normatif d'une société qui n'en a jamais connus, ou si une telle analyse apporte des valeurs scientifiques quelles qu'elles soient. Ross répond à toutes ces questions par la négative. Dans son fameux article « Tû-Tû »⁴⁴¹, il argumente que dans la construction du sens normatif, la fonction qu'assument les concepts juridiques que l'on croit avoir de la substance — qu'il s'agisse d'une existence, de la validité ou de l'objectivité — pourrait être assumée par n'importe quel concept, fût-il irrationnel, primitif, d'une origine superstitieuse ou constitué uniquement d'un signifiant sonore complètement dépourvu de sens. Tout en reconnaissant leurs utilités techniques indispensables dans l'organisation des systèmes juridiques qui se modernisent et se compliquent, Ross n'hésite pas à mettre les concepts juridiques au même niveau que des fictions. Dans cette optique, il n'y a rien d'universel dans les concepts formels, et la vérité du droit que recherche la science ne peut être trouvée dans le monde conceptuel des juristes.

Sous les questionnements du réalisme, la limite du positivisme juridique semble tracée, sa portée dépassée, et son projet d'être une science autonome contesté. La positivité du droit prend une signification qui n'est plus celle de l'époque de Puchta ni celle de Kelsen : elle ne désigne plus une existence indépendante et étanche, mais des phénomènes dispersés, dont la frontière entre juridique et extra-juridique n'a plus d'importance — la valeur de la science consiste justement à comprendre la complexité du réel hétérogène, et non pas à se restreindre à un système conceptuel. Nous ne pouvons pas exposer le réalisme juridique dans le cadre de notre projet ; nous avons emprunté ses critiques dans le seul objectif de marquer certaines caractéristiques du positivisme juridique, de le « relativiser ». Nous souhaitons faire comprendre que, du point de vue archéologique, le positivisme juridique n'est pas une nécessité au sens où il serait un chemin incontournable pour atteindre la vérité ; il est né dans un certain contexte épistémologique, avec une problématique particulière et une vision particulière quant à ce qui peut être compté comme valeur scientifique. Sa naissance et

⁴⁴¹ Paru pour la première fois en danois dans *Mélanges dédiés à Henry Ussing (Festskrift til Henry Ussing)* en 1951, puis dans *Scandinavian Studies in Law* (1957) en version anglaise. Les lecteurs français trouvent une traduction française de A. ROSS, « Tû-Tû », E. Millard et E. Matzner (trad.), dans *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, Bruylant LGDJ, 2004, p. 103-116.

ses limites sont relatives par rapport aux tendances qui forment l'épistémè auquel il appartient et qui n'est pas encore renversé. Ces tendances — les tentatives de décortiquer (ou déconstruire) l'être du droit, l'ultime problématique de sa véritable connaissance et la lignée anthropologique —, malgré leurs mutations, continuent au-delà du chemin tracé par le positivisme juridique. Quant à l'image de l'homme qui, depuis un profond arrière-plan, détermine les diverses configurations des modèles scientifiques, à l'instar de la disparition de la liberté, il n'y a désormais plus besoin d'aucune conviction politique pour la tracer, car les participants à ce remarquable épisode archéologique se tiennent toujours là, en dehors de tous les bonheurs et malheurs des êtres humains qu'ils observent.

Chapitre 4 Les trois problématiques qui définissent le positivisme juridique contemporain

Section 1 Formuler le normatif (sans être une science empirique) : un défi anti-kantien

Nous pouvons maintenant définir le positivisme juridique à partir de trois problématiques déduites de nos réflexions archéologiques et qui sont immanquables à toute théorie positiviste. La première problématique est de déterminer la sphère normative, ou la logique de « il faut ». Comme ce que nous avons vu chez Kelsen, il s'agit d'une dimension proprement anthropologique puisque l'enjeu est de repérer la portée d'un aspect humain particulier qui concerne la capacité de concevoir, de comprendre, de se comporter selon ou à l'encontre des règles et, par là-même, de créer un ordre collectif, d'y vivre collectivement ou d'en envisager un renversement. La difficulté de cette problématique est, pour ainsi dire, anti-kantienne, au sens où c'est justement à cause de l'abandon du point de vue pragmatique que le positivisme juridique est obligé de revenir au problème que Kant a résolu avec ce point de vue-là. Pour le comprendre, rappelons-nous le tournant anthropologique qui a commencé avec Kant.

Depuis que le droit est considéré comme une œuvre de l'homme, celui-ci est devenu la seule instance qui peut déterminer si une chose ou un fait est d'ordre juridique. Et ce privilège ne disparaîtra jamais tant que l'homme sera toujours considéré comme un être spirituel et intelligent avec des potentiels non limités, de manière qu'il ne peut être défini par la simple addition de ses cellules corporelles et de ses facteurs génétiques et historiques. C'est pour cela que pour Kant, une science anthropologique ne saurait être une science empirique, car même si l'on arrive à décortiquer le cerveau humain et à comprendre tous les mécanismes de toutes les pensées, émotions et tous les comportements, conscients comme inconscients, on ne saurait en déduire une connaissance du droit. La question est du même ordre que la crainte inutile du probable

remplacement de l'humain par l'intelligence artificielle, car les tâches qui par définition incombent à l'homme — par exemple, déterminer si un tableau est beau, juger si un projet est pertinent et comment il l'est, etc. — ne pourront jamais être assurées par une machine. Alors, un problème se pose : comment dégager une vraie connaissance anthropologique qui ne soit pas empirique quand tout ce qui peut être observé et pensé vient de l'empirie ? À la prise de conscience du problème, celui-ci est aussitôt résolu, car le point de vue pragmatique grâce auquel la véritable nature de l'anthropologie est reconnue en donne aussi la réponse : **comprendre véritablement** ce qui est de l'homme et ce qu'est l'homme, c'est déjà en faire l'expérience, c'est déjà **être l'homme**. Pour Kant et tous les kantien du XIX^e siècle qui croient encore en la liberté, reconnaître le droit recourt déjà à la faculté de légiférer ; une machine qui saurait analyser toutes les données relatives aux êtres humains pourrait nous dire ce qui est hautement probablement juridique, mais la tâche de **déterminer** si ceci est vrai incombera toujours à l'intelligence humaine. Il reviendra pour toujours à l'homme de déterminer ce qu'est le droit en général, quel est le droit dans un cas concret et si quelque chose est d'ordre juridique, tout simplement parce que seul l'homme possède la faculté de légiférer ; sauf si, un jour, l'homme renonce à cette faculté. Le sujet qui cherche à connaître un objet anthropologique comme le droit, doit donc se mettre à la même place que l'homme, doit employer la même faculté dont est issu l'objet pour pouvoir le penser. C'est ainsi que, pour autant qu'elle est une science anthropologique pragmatique, la science du droit s'oppose d'emblée aux sciences empiriques. Une question qui ne nécessite qu'un simple travail de vérification sur un fait particulier concernant le droit ne saurait être une question juridique.

Or, le positivisme juridique rompt avec la tradition de la science du droit par le fait qu'il n'est plus pragmatique, ou en tout cas, par son intention de ne plus l'être. Dans cette mesure, il se retrouve face au même problème qui dès lors ne cessera de le hanter : comment une science qui a pour objet une positivité peut ne pas être une science empirique ? Cette question peut évoluer puis revenir sous une autre forme, sans doute plus courante : si la véritable science du droit devait être empirique, qu'est-ce qui la différencierait des autres sciences empiriques qui ont aussi le droit pour objet ? On retombe là sur la fameuse question de l'indépendance de la science du droit, question

que nous avons croisée à plusieurs reprises. L'embarras se manifeste à travers le fait que, autant l'essor des sciences humaines empiriques avec leur nouveau mode de scientificité menace de s'accaparer l'étude du droit, autant les approches des positivistes déterminés à sauver l'indépendance de la science du droit trahissent l'influence de ces nouvelles sciences dans leur tentative d'en rénover le fondement scientifique. Le positivisme de Hart, par exemple, se sert largement de descriptions d'ordre sociologique. La théorie pure du droit de Kelsen a beau être un projet de formalisation, son détachement vis-à-vis de l'objet d'étude dévoile une attitude d'anthropologue et le critère avec lequel il détermine l'essence de la norme a aussi une origine anthropologique, comme nous l'avons vu. Qu'est-ce qui peut donc assurer que leurs sciences ne sont pas au fond une sociologie ou une anthropologie du droit ? Quoiqu'il en soit, ce problème concernant l'indépendance de la discipline est seulement secondaire, d'autant plus que les divisions des disciplines ne sont pas fondamentales en soi et peuvent être discutées. Le véritable problème est plus en amont. Il se situe au niveau de cette question qui effleure la possibilité épistémologique du droit : comment décrire l'être du droit, qu'aucun des phénomènes empiriques par lesquels il se manifeste ne peut définir ?

C'est pour cela que le plus grand ennemi du positivisme juridique n'est pas le politique, mais l'empirique ; le premier est suspendu dès la prise de position positiviste, mais le second, par contre, est facilement confondu avec le positivisme tout en étant le signe de son échec. Et c'est pour cela qu'une théorie positiviste du droit commence souvent son raisonnement avec des questions classiques du type : une personne me prend mon porte-monnaie par la force : s'agit-il d'une extorsion ou d'une confiscation ? Les gens assistant à un certain enterrement s'habillent sobrement et de couleurs sombres : s'agit-il d'une pure coïncidence, d'un accord tacite, d'une mode, d'une tradition ou d'une obligation ?⁴⁴² Ces questions ont pour but de montrer combien, par la voie de

⁴⁴² Les exemples proposés par Kelsen se trouvent dès la deuxième page du Premier Titre « Droit et nature » de *Théorie pure du droit*. « Des hommes se réunissent dans une salle, ils prononcent des discours, les uns lèvent la main, les autres ne la lèvent pas, voilà le processus extérieur. Juridiquement, il signifie qu'une loi est votée, que du droit est créé... [...] Autres exemples, un homme, revêtu d'une robe et assis sur un siège surélevé, prononce certaines paroles à l'adresse d'un homme placé devant lui. Selon le droit, ce processus extérieur signifie qu'il vient d'être rendu un jugement... » entre autres. (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 10) Quant à Hart, on peut dire que l'ouvrage entier de *The Concept of Law* est composé d'efforts pour répondre à ce type de questions. « How then do law and legal obligation differ from, and how are they related to, orders backed by threats? » (*The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 7) ; « What then is the crucial difference between merely convergent habitual

phénomènes empiriques, on se rapproche du normatif sans jamais pouvoir le toucher. Car tant que l'homme demeure toujours le seul être capable de légiférer, la sphère du normatif n'apparaît que lorsque l'homme le décide. Le premier souci du positivisme juridique contemporain est donc de trouver la formule qui fait apparaître le normatif qui ne se lit pas dans les simples faits, formule qui en même temps surpasse l'empirique au sens où toutes les situations normatives peuvent être prises en compte par elle et aucun contexte empirique ne peut la rendre nulle. Et comme la voie du pragmatique au sens kantien est condamnée, cette formule ne peut plus être composée de notions que la science ne peut ni ne doit comprendre par elle-même : la justice, les valeurs fondamentales, la raison, etc. La difficulté est telle qu'il faut surpasser l'empirique sans passer par le politique.

Comme nous l'avons vu, l'approche de Kelsen consiste à établir un modèle épistémologique propre à la connaissance du normatif, une troisième voie autre que l'empirique et le politique. Une fois cela fait, le mode d'être propre au normatif est défini, ainsi que les concepts capables de nommer directement le normatif et de décrire son fonctionnement sans l'aide des descriptions empiriques. Chez Hart, l'approche est pour ainsi dire plus intuitive. L'objectif de sa théorie positiviste consiste à décrire, par des éléments empiriques, l'institution socio-politique qu'est le droit. Il passe d'abord par une réflexion sur une série de notions empiriques qu'il considère d'un point de vue sociologique et linguistique — ordre, commandement, habitude d'obéissance, contrainte, menace... — avant de constater qu'aucune d'entre elles n'est capable ni de décrire correctement le phénomène du droit, ni de définir l'essence du droit. Sans doute on trouve peu de cas où, avec toutes ces notions représentées — une société ordonnée par l'usage de commandements, dans laquelle est constatée l'existence d'une habitude d'obéissance de la part de ses membres envers lesdits commandements, habitude établie par l'effet de contrainte qui s'apparente à une menace —, le qualificatif de droit reste inapproprié. Mais il y a bien des cas où le qualificatif de droit est légitime sans que toutes ces notions se manifestent dans l'empirie. Ainsi Hart en vient à penser que l'élément qui échappe à toutes ces notions, mais qui reste un

behaviour in a social group and the existence of a rule of which the words 'must', 'should', and 'ought to' are often a sign? » (*Ibid.*, p. 10) ; entre autres.

composant essentiel du droit, doit être un point de vue intérieur (*internal point of view*), c'est-à-dire la vision des membres de la société observée. Ce point de vue intérieur est à son tour analysé — il faut, par exemple, distinguer la conscience d'avoir une certaine obligation du simple sentiment d'être obligé par certaine situation, ou distinguer le fait de considérer un certain comportement comme une obligation du fait de le voir comme seulement un standard —, de sorte que, si l'approche de Hart peut être qualifiée d'empirique, elle ne saurait être réduite à une sorte de psychologisme.⁴⁴³ Les gens qui ont conscience d'être concernés par une règle de droit peuvent en penser tout ce qu'ils veulent, et ils peuvent même choisir de ne pas la respecter, cela n'empêche pas qu'ils reconnaissent sa validité formelle (sinon il ne serait pas question de la respecter ou pas). Pour un positiviste, l'existence d'une telle reconnaissance suffit. L'une des originalités de Hart réside justement dans la formalisation du point de vue intérieur et dans son intégration dans la formule du droit. De notre point de vue archéologique, une telle démarche est indispensable pour réussir une théorie positiviste, pour autant que toute matière qu'elle peut traiter soit donnée dans l'empirie et que la problématique reste anthropologique — l'homme n'a pas encore renoncé à sa faculté de légiférer et il est toujours censé l'utiliser. Si le positivisme est par définition non pragmatique, cela ne lui empêche pas de repérer et d'étudier la positivité des engagements pragmatiques. Ce qu'il faut est donc un concept capable de rendre compte des phénomènes extérieurs observés, non pas parce que c'est un concept qui désigne ces phénomènes mêmes, mais parce que c'est un concept qui saisit une certaine appréhension s'attendant à la survenue de tels phénomènes. Et c'est ainsi que Hart forge son concept de « règle » (*rule*).

Ce concept de règle est très différent du concept de norme de Kelsen, car sa définition s'appuie sur une certaine dimension sociologique que Kelsen écarte dès le début de sa

⁴⁴³ « The internal aspect of rules is often misrepresented as a mere matter of 'feelings' in contrast to externally observable physical behaviour. No doubt, where rules are generally accepted by a social group and generally supported by social criticism and pressure for conformity, individuals, may often have psychological experiences analogous to those of restriction of compulsion. When they say they 'feel bound' to behave in certain ways they may indeed refer to these experiences. But such feelings are neither necessary nor sufficient for the existence of 'binding' rules. There is no contradiction in saying that people accept certain rules but experience no such feelings of compulsion. What is necessary is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of 'ought', 'must', and 'should', 'right' and 'wrong'. » H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 57.

construction théorique. Une règle de comportement impose aux personnes concernées l'obligation de se comporter d'une certaine manière ; son effectivité est conditionnée par le fait qu'elle est reconnue en tant que règle valide, quel que soit le contexte socio-politique. Cette reconnaissance ne peut être établie et constatée qu'à travers des facteurs psychologiques ou sociaux : un niveau minimum de communication sociale, le sentiment d'appartenance à la communauté, une certaine efficacité du mécanisme de contraintes, etc. La norme de Kelsen, par contre, est une existence appartenant à une sphère différente que l'empirie.⁴⁴⁴ Si, du point de vue de Hart, saisir le concept de règle implique nécessairement une compréhension psycho-sociologique, alors pour Kelsen, saisir le concept de norme signifie comprendre autrement que par la dimension psychosociale, ce qui veut dire de concevoir formellement et directement son objectivité. En se servant du concept de norme, les scientifiques du droit expliquent comment l'ordre juridique **doit** réagir si une certaine situation se produit. Même s'il arrive que les normes apprennent aux gens comment se comporter ou permettent de pronostiquer leur comportement, ces effets communicatifs ou sociaux ne sont pas leur objectif principal et ils ne permettent pas de découvrir l'essence de la norme.⁴⁴⁵ Mais malgré les différences entre ces deux concepts, en termes de fonction qu'ils assurent dans la théorisation, les deux répondent à la même problématique : définir le mode d'être de « il faut » depuis une position qui n'est pas là où se tient l'homme.

⁴⁴⁴ Ce qui ne veut pas dire que le normatif n'entretient aucun rapport avec l'empirie, comme le souligne régulièrement Kelsen. Par exemple, même si la validité d'une norme n'est pas déterminée par son efficacité empirique, elle est tout de même conditionnée par un certain niveau d'efficacité. Sans cette assise empirique, il n'y aurait pas de matières normatives proprement dites. « Puisque la validité d'une norme constitue un *Sollen*, et non un *Sein*, elle est quelque chose de différent de son efficacité, c'est-à-dire du fait de *Sein* que la norme est effectivement appliquée et obéie ou suivie, que le comportement humain qui y correspond se produit effectivement. [...] Toutefois, il peut exister une certaine corrélation entre validité et efficacité. On ne considère une norme juridique comme objectivement valable que si la conduite humaine qu'elle règle y correspond effectivement, tout au moins jusqu'à un certain point. Une norme qui n'est appliquée ni suivie nulle part ni jamais, c'est-à-dire une norme qui, comme on s'exprime habituellement, ne bénéficie pas d'un minimum d'"efficacité", n'est pas reconnue comme une norme juridique objectivement valable. » (*Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 19) Il n'est pourtant pas tout à fait exact de dire qu'un certain niveau d'efficacité est la **condition** de la validité normative, car il faut aussi qu'un certain niveau d'inefficacité soit possible, que la conformité aux normes ne soit pas une nécessité. « Pour qu'il s'agisse véritablement d'une norme, il faut qu'existe la possibilité d'une conduite non-conforme. » (*Id.*) Ces rapports entre l'empirie et le normatif illustrent parfaitement l'idée centrale de Kelsen : le normatif est une manière d'appréhender l'empirie selon une règle autre que la règle de causalité.

⁴⁴⁵ « Le droit ordonne, permet, habilite, il ne "renseigne" pas. » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 79)

Section 2 Distinguer le juridique (sans pouvoir repérer le droit) : point faible caractéristique du positivisme juridique

La deuxième problématique consiste à distinguer le juridique depuis le normatif. Dans les théories positivistes, cette deuxième problématique n'est pas forcément traitée séparément de la première. Chez Austin et Hart, par exemple, cela constitue une seule et même mission de distinguer le droit des autres types de règles et des phénomènes empiriques créant des effets similaires aux règles mais qui n'en sont pas. Mais ceci est peut-être dû au caractère de leur méthode qui ne voit pas d'enjeu autre que celui de décrire le droit à la manière de décrire des choses empiriques, à la différence du normativisme de Kelsen qui ouvre une sphère épistémologiquement et ontologiquement différente et qui raisonne en un langage complètement différent que le descriptif empirique.⁴⁴⁶ Dans l'ordre logique en tout cas, le juridique est un genre de normatif — ce point fait l'unanimité, et pas seulement parmi les positivistes. Il est donc normal que la distinction du juridique constitue la deuxième étape, une fois que le normatif a été défini.

Il peut donc sembler que cette deuxième problématique n'est qu'un prolongement de la première, dans la mesure où l'on reste sur le même chemin qui mène jusqu'à la définition ultime du droit. Dans ce cadre, l'attention est portée sur ce que le droit possède comme caractères qui n'existent pas dans d'autres types de normatif. Par exemple, dans la plupart des cas, les règles de droit sont consolidées par des sanctions qui peuvent être exercées par la force. Un autre caractère couramment soulevé : le droit est une réglementation qui régit les comportements extérieurs, à la différence de la morale ou de la religion qui exigent aussi un certain niveau d'adhésion voire d'obéissance de l'esprit. Ou encore, dans le contexte politique actuel, le droit est un monopole d'État, ce qui rend le repérage du juridique encore plus simple. La

⁴⁴⁶ Les traducteurs français du fameux ouvrage posthume de Kelsen, Olivier Beaud et Fabrice Malkani, ont justement fait part de leurs difficultés de traduction qui sont en grande partie dues à la tendance de Kelsen à composer en un langage propre au normatif : « Dans la *Théorie générale des normes*, des difficultés de traduction déjà présentes dans la *Théorie pure du droit* sont renforcées par la volonté de précision de l'auteur. On a même l'impression d'un attachement beaucoup plus vif à la sémantique. Kelsen n'hésite pas à plusieurs reprises à condamner l'usage — savant ou non — de certains termes et à en proposer un usage réservé aux normes, comme s'il se donnait pour tâche de légiférer sur la langue des normes. », dans l'« Avant-propos » de H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. VII.

particularité du positivisme juridique que représentent Kelsen et Hart réside dans ceci qu'ils comprennent que le juridique n'est pas juste un type particulier de normatif, que les lois ne sont pas uniquement des impératifs **avec en plus** le soutien de la force étatique. D'une certaine manière, ils voient dans la forme du droit la complétion du normatif : c'est le droit qui montre l'exemple par excellence de ce qu'est un système normatif. Nous reviendrons sur ce point lorsque nous parlerons de la troisième problématique.

Cependant, cette deuxième problématique peut soulever des questions qui dépassent de loin la tâche de **distinction** du droit. Exprimons-le ainsi : alors que la première problématique a défini la plus grande originalité du positivisme juridique contemporain, la deuxième problématique le met en examen, en lui faisant passer toutes les épreuves que l'ancienne science du droit a dû traverser, chaque fois où celle-ci posait la question : « Où est le droit ? », ou « Quelle est la solution juridique dans ce cas précis ? ». C'est autour de cette deuxième problématique que le positivisme juridique contemporain est attaqué de toutes parts.

En effet, repérer le juridique avait une signification différente pour l'ancienne science du droit. Il s'agissait plutôt d'un bloc de problématiques diverses que la science ne cherchait à diviser que pour des raisons pédagogiques. Que ce soit les principes fondamentaux qui définissaient le concept de droit, ou les méthodes d'interprétations pour arriver à une solution juridique dans un cas concret, tous ces savoirs visaient un même but : former le sens du droit afin de produire des jugements juridiques. C'est bien cela la raison d'être de la science du droit : elle prépare les juristes à se confronter à des problèmes juridiques concrets. Mais le positivisme juridique contemporain n'est plus une science du droit en ce sens. La connaissance qu'il construit vaut de prime abord pour la connaissance elle-même. Bien sûr que les théories positivistes donnent matière à réfléchir aux juristes, mais elles ne sont pas conçues dans le but de se faire un manuel à suivre pour leur travail, car les activités des juristes constituent elles aussi une part importante de l'objet d'observation ; et pour les observer, le positiviste ne peut pas se mettre à leur place. Il peut, avec sa connaissance sur le mode d'être du droit, repérer ce qui est donné devant les juristes comme des matières juridiques ainsi que ce

qui est nouvellement institué en tant que droit par des décisions de la justice, mais il ne peut pas savoir comment l'un devrait résulter de l'autre, comment développer ou étendre le sens du droit pour que le repérage du juridique par les raisonnements — pour ne pas dire la législation par les juges — ne soit pas un processus arbitraire. Le positivisme juridique ne répond pas à la question : « Où est le droit ? » que se posent les juristes ; il la constate.

À part proposer une formulation scientifique de l'existence du droit, le positivisme juridique contemporain semble incapable d'apporter quoi que ce soit de plus aux raisonnements juridiques. Après tout, si la question des juristes — « Où est le droit ? » — est posée face à une situation inédite, c'est déjà présupposer que le droit est invisiblement donné quelque part, sans doute par des principes supérieurs, et qu'il suffit de le retrouver — ce avec quoi les positivistes peuvent difficilement être d'accord. Ces derniers la reformuleraient en « Que **devrait** être le droit ? » et se contenteraient de se taire devant une telle question qui se traduirait bien en « Que dit la justice ? ». Mais est-ce pour autant que l'adoption d'une vision positiviste rend caduque l'autorité juridique devant les situations non prévues par les lois, ou devant les « *hard cases* » ? Loin de là. D'abord, une marge de jugements de valeurs peut être accordée par la loi ; c'est même un arrangement couramment utilisé dans la plupart des systèmes juridiques. Ensuite, si un agent des institutions décide dans ce cas d'agir selon ses principes politiques ou éthiques, ce ne sera pas une quelconque doctrine positiviste qui pourra le faire changer d'avis. Pareille logique peut être appliquée pour répondre à l'inquiétude de ceux qui craignent que le positivisme juridique ne crée une culture juridique sans morale : aucune culture juridique n'est formée par une simple conception du droit, laquelle, qui plus est, est née d'un souci purement scientifique. En réalité, si les multiples malaises provoqués par le positivisme juridique semblent viser la démarcation trop nette et trop serrée du juridique, c'est parce que l'enjeu se trouve surtout en dehors du juridique, terrain où les théories positivistes sont loin de proposer un chemin balisé. Tous ces controverses autour du positivisme juridique et son incompétence apparente trouvent leur origine dans le fait que ce qu'il cherche à faire est avant tout de définir scientifiquement le mode d'être du droit, et qu'ainsi, le droit est pensé en tant qu'existence qu'il faut connaître au lieu de raisonnement qu'il faut

maîtriser. Les divers aspects de cette deuxième problématique en disent long sur l'originalité du positivisme juridique contemporain, quoique d'une manière quelque peu négative.

Section 3 Concevoir l'autonomie de l'être du droit

I Formaliser le cycle systémique du juridique

La troisième problématique du positivisme juridique concerne le mécanisme par lequel un système juridique positiviste s'accomplit et obtient son autonomie. Si ce que le positivisme juridique cherche à comprendre est la façon dont le « il faut » juridique est effectif, il ne suffit pas de savoir distinguer la sphère juridique, il faut aussi comprendre à quelles conditions elle tient, comment ses éléments se rapportent les uns aux autres, et à quel genre de structure cela renvoie. Autrement dit, pour rendre compte du mode d'être du droit, il faut — curieusement — puiser dans la métaphore de la vie — c'est-à-dire de savoir non seulement comment le droit est, mais aussi comment il est venu à être, et comment il cesse d'être —, et dans la métaphore de l'organisme — comment et selon quelles règles, les systèmes juridiques maintiennent leurs ordres intérieurs malgré le fait qu'ils soient en évolution permanente. Sans cette dimension structurelle, l'être du droit apparaîtrait comme en suspension dans le vide, sans fondement ni origine. On peut dire, de manière très simplifiée, que cette problématique porte sur l'historicité du mode d'être du droit.

Nous sommes bien évidemment loin d'une historicité empirique comme celle dans laquelle l'École historique se représentait les matières brutes du droit, leur naissance et leur mort. Nous ne sommes pas non plus au niveau d'une historicité systémique, lorsque le droit est devenu une positivité (au sens foucaldien) à laquelle une dimension temporelle était inhérente. Rappelons-nous ce que signifie le caractère « méta » du positivisme juridique : ce qui est recherché n'est pas le contenu du droit, ni la structure sous laquelle celui-ci se déploie, mais les conditions formelles de son être. La sphère juridique dont il est question n'est pas une quelconque entité positive ; elle n'est pas

circonscrite par des faits (les dynasties, les nations, les frontières, les régimes, les constitutions, etc.), mais par une logique qui fonctionne comme un filtre optique permettant de voir un monde parallèle. Autrement dit, nous sommes au sommet de la formalisation où il s'agit d'extraire le code identitaire qui détermine le juridique quelles que soient ses expressions phénoménales ou institutionnelles, comme le code génétique qui détermine l'espèce biologique malgré les singularités qu'il peut y avoir chez les individus. Ce code identitaire est justement la formule du mode d'être du droit que chaque théorie positiviste essaie de proposer.

Toujours est-il que la condition anthropologique n'est pas abolie : extrêmement formalisée soit-elle, la formule est radicalement attachée à l'homme. Une définition du concept de droit ne peut jamais devenir un théorème indépendant de l'image que l'homme se fait de lui-même, et la vérité sur l'être du droit ne peut jamais équivaloir à une vérité physique au sens où elle est indifférente aux expériences humaines. Le mode d'être du droit est universel dans la mesure où l'existence des universalités chez les êtres humains est constatée ; sa rationalité se mesure à l'aune de la finalité que lui assigne l'humanité. Cette condition anthropologique condamne l'être du droit à avoir à jamais un pied dans l'empirie. Le positivisme ne change en rien le fait que le droit est un **quasi**-transcendantal. Ainsi, comme chaque existence dans l'univers et comme l'univers lui-même, le droit a aussi ses moments d'émergence et de fin. Le même processus de formalisation dont est tirée la formule du mode d'être du droit devrait également pouvoir s'appliquer pour conceptualiser ces moments aussi fatals qu'hasardeux. Le positivisme rencontrera ici la même difficulté que lui posait la première problématique pour autant qu'il s'agisse, là aussi, de formaliser une empiricité qui ne peut être saisie que d'un point de vue humain. Mais le concept issu du travail pour résoudre la première problématique lui servira de base ; quoiqu'il faille plutôt dire que ce sera avec la solution à cette troisième problématique que la première sera véritablement résolue, car le mode d'être du droit n'est pas complètement expliqué tant que l'on ne sait pas décrire le mécanisme par lequel une telle existence commence ou prend fin. C'est ce mécanisme-là qui illumine et complète la sphère juridique avec une dimension évolutive et dynamique. Ainsi, le mode d'être du droit n'est plus une simple question de formule mais de système, et ce au sens où il « règle lui-même sa

propre création et sa propre application ». ⁴⁴⁷ Il s'agit donc de la systématisation non pas des concepts du droit mais de sa positivité.

II Tracer la limite de l'être du droit

a La norme fondamentale de Kelsen

Reprenons par exemple le concept de norme de Kelsen. Une norme incarne la logique de l'imputation en s'emparant des faits qui seraient autrement simplement empiriques. L'argent qui est passé d'une main à une autre est ainsi conçu comme le paiement d'un achat, le dédommagement d'un dégât, ou l'acquiescement d'une amende, etc. Mais comment cette norme en vient-elle à exister ? Qu'est-ce qui l'a fait naître ? Selon Kelsen, dans un système normatif, une norme existe parce qu'il en existe une autre du même système qui est la source de sa validité. De la norme prescrivant qu'on doit aimer son prochain peut être déduite la norme prohibant les dommages causés à autrui, par exemple. Les normes se rapportent ainsi les unes aux autres à travers le mouvement de validation et forment une hiérarchie pyramidale ; au sommet se tient la norme fondamentale, qui est l'ultime source de la validité et par laquelle on peut reconnaître l'unité du système.

Kelsen distingue ici deux types de systèmes de validation. Le premier suit ce qu'il appelle le principe statique. C'est une validation par la déduction d'une idée plus générale à une autre plus concrète, comme l'exemple de l'amour de son prochain susmentionné. D'une certaine manière, on peut dire que le système utilitariste de Bentham est justement ce type de système, puisque c'est depuis cette ultime norme — « fais que la totalité de bonheur dépasse la totalité de malheur » — que découlent toutes les normes du système. Si, par contre, le système normatif en question est dit positif, c'est-à-dire que la validité de chaque norme est conditionnée en plus par un fait institutionnel, alors il y a nécessairement, à côté et indépendamment de la lignée de validation par la déduction du contenu des normes, une autre lignée de validation qui

⁴⁴⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 78.

détermine le *modus operandi* de la création des normes. Supposons qu'une norme juridique prescrive ceci : « Si un préjudice patrimonial s'est produit suite à une faute, une indemnisation doit être instaurée à la demande de la victime. » Cette prescription a pu être validée et devenir une loi non seulement parce que la norme établissant le régime de la propriété privée l'exige, mais aussi parce qu'elle a été créée, par exemple, de façon conforme à ce que requiert un des articles de la constitution qui dicte : « Si un texte de loi est adopté par le pouvoir législatif puis promulgué par le président de l'État selon les modalités prescrites par cette constitution, il est valide en tant que loi et doit être observé par les autorités juridiques. » Une norme valide signifie donc qu'il existe une autorité qui l'a posée en bonne et due forme, ce qui à son tour indique l'existence d'une autre norme supérieure qui avait créé ladite autorité en définissant ses modalités et en habilitant l'agent qui l'exercerait. Cette dernière norme peut être elle-même un produit d'un autre agent habilité par une autre norme encore supérieure, et ainsi de suite. De cette manière, Kelsen expose clairement le procédé de validation typique des systèmes positifs, qu'il appelle le principe dynamique, opposé à ce qu'il appelle le principe statique.⁴⁴⁸

Que le droit soit composé de normes positives dont la validité est strictement conditionnée par la conformité de leur création au processus légal prédéterminé, aucun juriste ne le contesterait. Des inquiétudes se lèvent plutôt d'autres questions. La première : que se passe-t-il si la validation dynamique entre en conflit avec la validation statique ? Si une norme, créée en bonne et due forme par une autorité légitime ou légale, contient un contenu dont l'idée va à l'encontre de celle d'une autre norme supérieure ?

⁴⁴⁸ Voir les chapitres 34 et 35 de H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*. Il faut noter que les différents concepts que Kelsen a développés témoignent des influences variées d'époques différentes, qui ne sont pas sans conflit entre eux dans le système théorique de Kelsen. La différenciation entre le système statique et le système dynamique ainsi que la structure hiérarchique des normes sont des conceptions adoptées dans les années 1920, soit le début de la phase dite classique de Kelsen. Il s'agit d'une influence transparente et directe de son collègue Adolf Julius Merkl (1890-1970), « le plus talentueux et original penseur de l'école de Vienne de pensée juridique à part Kelsen » (S. L. PAULSON, « Introduction », dans *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. xxvi), qui étudiait à l'époque la question des mouvements dans un système, pour laquelle il a développé la doctrine de la structure hiérarchique. Avant cette période, durant la phase de *Hauptprobleme*, la théorie du droit de Kelsen manifestait encore, de son propre aveu rétrospectif, une vision traditionnelle — c'est-à-dire statique — du système du droit. (Voir H. KELSEN, « 'Foreword' to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law », *op. cit.*). C'est avec la contribution théorique de Merkl que la pensée de Kelsen a pu se développer en sa forme la plus connue, à savoir la Théorie pure du droit. Ce parcours, selon Paulson, aurait conduit progressivement Kelsen à abandonner toute influence de Kant et finalement à adopter une approche empirique et analytique pour le concept de norme, et à entamer la phase dite sceptique de Kelsen (vers 1960 jusqu'à sa mort en 1973), dont témoigne son ouvrage posthume *Théorie générale des normes*. Voir S. L. PAULSON, « On the Implications of Kelsen's Doctrine of Hierarchical Structure », *The Liverpool Law Review*, XVIII, n° 1, 1996, p. 49-62.

Une réponse kelsénienne serait de dire qu'un conflit entre ces deux principes n'a aucun sens, car ils n'agissent pas sur la même chose — l'un sur le contenu des normes, l'autre sur leur création. Des conflits que l'on croit issus de leur contradiction sont en réalité de mauvaises applications des règles de législation — par exemple un organe pose des lois sur des sujets pour lesquels il n'est pas habilité —, ou des conflits au niveau du contenu entre des normes différentes, auxquels cas il convient de recourir à la méthode d'interprétation. Quant à savoir si une norme, suite à un tel examen du conflit, relevée comme défectueuse reste toujours valide avant l'abrogation officielle par l'autorité, ceci n'est qu'un souci technique qui ne remettra pas en question la théorie de validation de Kelsen.

Le véritable enjeu de cette théorie consiste en réalité à fonder la thèse de la norme fondamentale, et donc à répondre à cette deuxième question : la norme fondamentale, celle qui est la source de toutes les normes et le point zéro de la validité de tout le système, est-elle une validation du principe statique, dynamique, ou des deux en même temps ? La réponse de Kelsen ne laisse aucune ambiguïté : la norme fondamentale ne peut être qu'une validation dynamique, c'est-à-dire une norme qui habilite seulement. Kelsen, relativiste, explique qu'il est inconcevable qu'il puisse exister un concept normatif dont la signification est d'une telle évidence que toutes les autres normes puissent d'emblée s'en déduire puisque tous leurs contenus sont déjà prévus par le concept. Et même si l'on contourne la difficulté de saisir la signification de ce concept premier en s'expliquant qu'il s'agit de toute façon de ce que veut de nous le créateur de toute chose, la première cause de tout l'univers — Dieu —, alors, Kelsen rétorque que cela signifie tout simplement qu'il existe une autre norme qui exige l'obéissance aux lois de Dieu — autrement dit, une norme qui habilite Dieu à créer des normes. Sans cette norme, Dieu n'est qu'un nom. Une idée impossible pour les croyants qui pensent que, si Dieu est la cause de tout, alors c'est également grâce à lui que les humains apprennent à obéir. On commence à comprendre que Kelsen mettrait sur le même plan toute tentative de fonder le normatif sur n'importe quelle idée substantielle : Dieu, la nature, l'amour, la bonté, la liberté, la raison, la dignité humaine, la démocratie, ...quoi que ce soit. La véritable action de l'approche positiviste de Kelsen se déploie ici, par une totale inversion du schéma courant de la

construction des connaissances, en insistant qu'à l'origine de tout n'est pas une chose, ni un auteur, ni une idée signifiante, mais une habilitation, un événement qui crée le pouvoir de validation — tel est la particularité de ce monde qu'est le normatif, sur laquelle la science qui a pour objet ce monde doit se baser. Autrement dit, cette origine n'est en rien différente des autres normes quant à sa fonction de déléguer le pouvoir de façonner le système normatif. C'est ainsi que l'autonomie de la science du droit est assurée, en utilisant le normatif pour expliquer le normatif, en comprenant son commencement par son mode d'être ; aucun autre élément non-normatif n'est nécessaire pour rendre compte du système.

Cette origine que Kelsen appelle la norme fondamentale est donc la norme qui rend valide la plus haute autorité institutionnelle dans un système positif. Elle est la raison pour laquelle, par exemple, la constitution ou le monarque a le dernier mot sur toute question juridique et doit être obéi par tous les niveaux. Si un régime précédent s'avère être la source de la plus haute autorité actuelle, cela signifie seulement qu'une norme est encore supérieure à celui-ci dans la mesure où elle est la raison pour laquelle il est valide — cette norme est la norme fondamentale. Elle-même la réponse au mythe de l'origine du droit, sa propre existence est un mythe. Car elle ne peut être validée par aucune autre norme, sinon elle ne serait plus fondamentale. Mais Kelsen explique que l'on ne peut pas ne pas la présupposer, sinon le fonctionnement du droit ou d'autres systèmes normatifs positifs ne pourraient pas être expliqués de manière conforme à l'exigence scientifique du positivisme, selon laquelle seule la positivité — la qualité des faits humains — peut être reconnue par la science. Cela donne un indice à ce que peut être la réponse de Kelsen à la troisième question : un système normatif non positif, c'est-à-dire un système qui ne dispose pas de validation dynamique ou dont la norme fondamentale ne valide pas par habilitation mais par une idée absolue, un tel système peut-il possiblement être un système scientifique ? Peut-il seulement être considéré comme effectif tout court ? La réponse kelsénienne dirait qu'un tel système ne peut être scientifique, ou plutôt, qu'il ne peut exister tel quel pour la science, car celle-ci reconnaîtrait forcément, et seulement, la positivité du système, même s'il est prétendu que celui-ci ne possède pas une telle dimension, ou même si l'on croit qu'il est dirigé non pas par les faits institutionnels mais par un principe fondamental.

Toujours est-il qu'en poursuivant cette voie positiviste, Kelsen nous mène à une origine qui n'a plus aucun fondement positif. Pour protéger de toute croyance subjective la pureté de la connaissance du droit, Kelsen se sent obligé de poser comme genèse du système un postulat très éloigné de toute image que l'on se fait du droit, et qui ne sert qu'à démarrer le processus de raisonnement. Ainsi il vise à supprimer tout intérêt d'entretenir un quelconque mythe pour rendre compte de l'origine du droit. On peut demander : si une telle formule, vide de toute idée substantielle, est la vérité du droit, comment expliquer le fait que les êtres humains ont quasiment toujours fait fonctionner le droit en mettant justement à l'origine, au fondement ou au centre de leur système, la valeur qu'ils croient la plus haute ? Que même si ce qui constitue celle-ci est toujours sujet aux disputes, que même si les humains sont condamnés à ne jamais pouvoir la dévoiler ou s'accorder sur ce qu'elle est, l'expérience n'a jamais livré un système juridique qui serait né justement **en se séparant** de toute considération des valeurs métajuridiques ? Une science positiviste qui cherche à mettre en lumière des vérités anthropologiques n'est-elle pas censée justement affirmer ces aspects humains ? La norme fondamentale de Kelsen, enfin, ne ressemble-t-elle pas aussi à une croyance ? N'est-elle pas au fond une solution acharnée proposée par une entreprise scientifique qui a perdu sa raison d'être ? Si ces questions sont légitimes, l'approche de Kelsen ne l'est pas moins pour autant : tout dépend de ce que l'on cherche à expliquer. Le souci de Kelsen n'est pas comment sont réellement les humains dans leur vie juridique, mais comment ils construisent la logique et la grammaire du normatif, et ce à quoi leur œuvre ressemblerait à la fin si telle logique et telle grammaire étaient poussées jusqu'au bout. La capacité de l'homme à conceptualiser formellement et à concevoir quelque chose d'étranger à sa propre nature, cela aussi est une vérité anthropologique digne d'efforts scientifiques.

Si on essaie d'être relativiste également à l'égard des valeurs scientifiques, on acceptera volontiers la norme fondamentale de Kelsen malgré le vide qu'elle impose et qui semble avoir pour effet l'interdiction de tout imaginaire sur le droit. Car au fond, la supposition nécessaire de la norme fondamentale implique l'existence d'un fait empirique que le langage de la méta-science du droit, afin de défendre la frontière entre

le normatif et l'empirie, ne peut ni décrire ni surtout expliquer : l'origine de la validité objective d'un régime normatif est une sorte de reconnaissance généralisée de ce régime⁴⁴⁹. Mais nous tenons seulement à faire remarquer ceci : le mythe qu'est la norme fondamentale elle-même, que l'on ne se représente que vaguement par la reconnaissance du régime — laquelle est à la fois la prescription et la condition de la norme fondamentale —, ce mythe n'est-il pas justement le problème de Kant, le Kant qui, selon Kelsen, n'a pas réussi à poursuivre sa révolution copernicienne jusqu'à la connaissance du droit, le Kant qui, avec ses réflexions sur la raison pratique et la métaphysique des mœurs, cherchait justement à disséquer le mythe de la possibilité du normatif, le mythe de la faculté humaine à se créer des lois et à y obéir ?

b Les règles secondaires de Hart

Chez Hart, les confins de la sphère juridique sont pareillement tracés par le même élément qui constitue le mode d'être du normatif. Les règles se scindent ainsi en deux catégories : les règles premières qui prescrivent ce qu'il faut faire ou ne pas faire de manière générale, et les règles secondaires qui complètent le fonctionnement des premières en proposant des solutions pour la validation des règles, leur évolution et leur application (respectivement règles de reconnaissance, de changement et de jugement [*abjudication*]). En réalité, dans la conception de Hart, c'est l'introduction de ces trois types de règles secondaires qui transforme l'ensemble des règles sociales en un système, et c'est à ce moment-là seulement que naît le droit.⁴⁵⁰ La plus essentielle parmi elles est la règle de reconnaissance, celle qui définit les conditions sous lesquelles le statut de droit peut être établi. Elle est donc la source de la validité des autres lois, et dans cette mesure elle joue un rôle semblable à la norme fondamentale de Kelsen. À part cela, pourtant, tous ses caractères la différencient de cette dernière, à commencer par le fait qu'elle désigne une règle que l'on peut repérer empiriquement, et non pas un postulat épistémologique. En effet, Hart ne se soucie pas de la question de la possibilité de la connaissance du droit, qu'il s'agisse de la connaissance

⁴⁴⁹ « La norme fondamentale est cette norme qui est supposée lorsque l'on reconnaît le caractère objectif de fait créateur de normes, soit à la coutume par laquelle la Constitution a été fixée, soit à l'acte constituant fait ou posé consciemment par tels et tels hommes... » H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 198.

⁴⁵⁰ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 94.

positiviste qui répond à la problématique : « qu'est-ce que le droit ? », ou de la connaissance pratique qui cherche à comprendre comment la législation et l'obéissance sont possibles et comment elles se réalisent. Il fait confiance à son approche empiriste et n'hésite pas à intégrer des perspectives sociologiques afin de dresser une image plus fidèle et plus complète du droit, dans la limite où celle-ci reflète la structure universelle inhérente au concept de droit et non pas la multiplicité de ses phénomènes. C'est dans ce cadre que la règle de reconnaissance est reconnue comme le mécanisme principal qui enferme le système du droit et lui donne une structure. Elle n'a pas pour mission de justifier le caractère positif de l'essence du droit, comme se l'est assignée la thèse de la norme fondamentale, cette dernière étant un concept qui proclame l'impossibilité de la validation statique. Car la règle de reconnaissance est elle-même ce que l'on découvre depuis le point de vue empiriste déjà adopté sans avoir été remis en question. La notion désigne simplement ce à quoi un observateur peut se référer pour identifier les lois de la société qu'il observe, sans avoir à partager les mêmes valeurs que cette dernière ; la même fonction bénéficie également aux membres de la société.

Les différences entre la théorie de Hart et celle de Kelsen ont déjà fait couler beaucoup d'encre, nous ne prétendons pas avoir d'avis particulier à rajouter. En revanche, nous tenons, à travers les discussions de ce dernier Titre, à signaler ce qui rapproche les deux théories, ce qui, de notre point de vue archéologique, définit leur particularité en tant que modèle scientifique, ce qui constitue leur positivisme : l'enjeu de saisir le mode d'être du droit, à savoir la grammaire du normatif juridique, qui puisse expliquer à la fois l'existence du droit, sa structure, ses limites et le schéma par lequel se présentent les multiples phénomènes de son évolution.

Conclusion

Comment évaluer le positivisme juridique contemporain à partir de cette archéologie de la science du droit que nous avons tracée ? En guise de conclusion, nous en proposons ici quelques idées. Nous avons expliqué dans l'Introduction que, réaliser une archéologie des sciences, c'est prendre la position relativiste quant aux valeurs scientifiques. Pour la méthode archéologique, comprendre pourquoi un certain état de choses va de soi à un moment donné, parfois au point même de ne pas se faire remarquer, et à un autre moment devient la plus grande problématique autour de laquelle un nouveau modèle scientifique se construit, est plus important que de savoir si une théorie est parfaite, comment elle pourrait l'être ou s'il n'y en a pas d'autres qui sont meilleures. Mais cela ne veut pas dire que l'on ne peut pas évaluer les théories pour autant. Au contraire, cela ouvre la possibilité d'une autre approche qui consiste à les mesurer en examinant non pas la vérité qu'elles prétendent apporter, mais leur utilité en tant que science.

Si les débats autour du positivisme juridique semblent sans fin et suscitent toujours de nouveaux arguments sans jamais réussir à le réfuter, c'est parce que l'on est pris dans une double tautologie sans issue. Tautologie d'abord d'ordre scientifique : il n'y a en effet rien d'illogique dans le fait que le droit soit défini comme un pur objet positif, si le modèle qui délivre une telle compréhension se justifie comme scientifique justement en faisant abstraction de tout ce qui ne peut être discerné par une optique positiviste. Pour rester conforme à l'exigence scientifique qu'il s'impose à lui-même, un tel modèle n'a d'autre choix que d'insister sur un concept positiviste du droit, la seule option qui est scientifique d'après son critère. Le problème se déplace donc à ce choix de modèle scientifique, à cette conception de science qui oblige à l'adoption de l'approche positiviste. Alors, on entre dans l'autre tautologie qui est d'ordre politique : la conception positiviste de la scientificité n'a en soi rien de contestable ; elle est importante non seulement pour établir des connaissances indépendantes et libres de toute influence non-scientifique, mais aussi pour maintenir le contrôle sur notre agir politique, l'abstention du jugement étant par occasion la signe d'une haute capacité de

la faculté politique. La seule option qui reste à la critique du positivisme juridique est d'arguer que le droit n'est pas un objet qui peut être convenablement connu et traité par la scientificité positiviste. Mais alors, quel genre d'objet est-il ? Comment le reconnaître et démontrer, si ce n'est à travers une méthode scientifique déjà établie ? C'est donc à travers le paradoxe de l'œuf et de la poule que l'on revient à la première tautologie. Il semble donc que le modèle du positivisme juridique est irréfutable au niveau scientifique — ce qui paraît assez logique, son objectif étant de construire une scientificité du droit irréprochable. Mais alors pourquoi le positivisme juridique suscite-t-il toujours autant de critiques ? Pourquoi ce sentiment de non-satisfaction à propos du concept de droit qu'il propose, comme si, pour autant qu'il soit scientifiquement irréfutable, le concept était loin de refléter fidèlement ce qu'est véritablement le droit ? Est-ce simplement un « sentiment » ? Ou sommes-nous tous comme ce que reproche Kelsen⁴⁵¹ ? Qu'au fond de chacun il y a toujours une pulsion de voir régner la justice définie selon ses propres goûts, pulsion si tenace, bien qu'inconsciente, qu'il faut une leçon aussi stricte que la Théorie pure du droit pour la réprimer ?

La raison de cette situation paradoxale est que le cadre même du débat est défini par le paradigme scientifique dont est issu le modèle positiviste : essayer de déterminer si le droit est un objet positif ou pas, ou quel genre d'objet il est, c'est déjà supposer que l'enjeu de la science du droit porte sur l'être du droit, que le droit doit être réfléchi en termes de l'être. Et pourquoi ce cadre ne peut-il pas tout simplement être contourné ? Pourquoi cette question de l'être du droit s'installe-t-elle obligatoirement et aussitôt, dès qu'il s'agit de la scientificité du droit ? C'est bien cela la force prodigieuse du paradigme épistémologique composé d'idées « qui vont de soi », qui fait que l'enjeu est noué d'une certaine façon et que l'on est obligé de trouver du sens d'une certaine façon. Et nous voici devant la manifestation de cette force, que nous avons trouvé le

⁴⁵¹ « À la vérité, contrairement aux apparences, la lutte [contre la théorie pure du droit] ne porte pas sur la place du droit dans l'ensemble des sciences et sur les conséquences qui en résultent ; elle 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. Telle est la raison de l'opposition, qui confine presque à la haine, que rencontre la théorie pure du droit ; tel est l'arrière-plan de la lutte conduite contre elle par tous les moyens. » H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 4.

moyen de questionner, puisqu'avec ces questions venant d'être posées, nous sommes en train d'imaginer si les choses n'auraient pas pu se dérouler autrement.

Ce que nous avons montré dans cette thèse, globalement, c'est pourquoi et comment le positivisme juridique est devenu le symptôme d'une époque où la question de la scientificité du droit s'est montrée d'un tel niveau d'importance que la science du droit s'est vue transformée en une méta-science du droit. Comme les considérations méta-scientifiques portent sur les règles d'après lesquelles une science se construit comme légitime, la science du droit telle qu'elle est imaginée par le positivisme juridique devient une entreprise qui est consciente d'elle-même, qui se limite et se régule et qui fait de cette autogestion sa tâche principale en tant que science. Les gênes et les incompréhensions suscitées par ce courant de pensée symptomatique ne viennent pas du concept de droit qu'il propose, ni de la conception scientifique qu'il présuppose. Elles surgissent lorsque les considérations méta-scientifiques paraissent trop dominantes dans la construction de la connaissance du droit, à tel point que l'on met en doute la fonctionnalité de l'ancienne science du droit, celle qui ne distingue pas clairement la science de l'art ou de la *prudence* (faculté de discernement) et qui ne se soucie pas suffisamment de la question de l'être du droit. Les imaginaires du droit risquent maintenant d'être doublement limités car ils sont soumis non seulement à la rigueur de la raison ou de la systématisation (l'effet de la primauté de la science sur le droit), mais aussi indirectement aux exigences de la scientificité que la science s'impose à elle-même. Et le pire des scénarios serait celui-ci : la science du droit, qui était censée étendre la connaissance sur le droit, joue maintenant le rôle de la censure et détermine ce qui doit être banni du royaume de la science ; parler du droit en langage scientifique équivaut à présenter une belle coquille vide, et faire la science du droit se limite à la décrire.

Maintenant que la véritable source des craintes envers le positivisme juridique est identifiée, la raison pour laquelle aucune d'elles ne s'est jamais vue réalisée doit aussi s'éclairer. En effet, les systèmes juridiques continuent à évoluer, les jurisprudences ne sont pas sorties de machines à jugement, les anciens raisonnements juridiques et les méthodes classiques continuent à se transmettre et à nourrir les esprits mêmes des

positivistes les plus convaincus, et la science du droit, ou plutôt **les sciences juridiques**, continuent à se répandre, à se diversifier et à échanger avec d'autres sciences. Si le positivisme juridique est un phénomène révolutionnaire dans l'histoire du droit, il n'a pas révolutionné le droit dans la mesure où la culture juridique garde toujours son identité et sa tradition. Et la raison en est la même que l'origine de ces craintes : le positivisme juridique est une méta-science du droit. Tout comme la linguistique est la méta-science des langues et, pour autant qu'elle soit rigoureuse et structuraliste, ne détermine qu'en très faible proportion comment les gens parlent en réalité, le positivisme juridique n'a pas la mainmise sur le droit dans son évolution réelle en tant que phénomène, ni sur la connaissance que l'on peut réellement en tirer. En tant que méta-science, il agit sur le conceptuel avec lequel l'humain entreprend l'art juridique ; il propose une analyse positiviste sur les manières dont l'humain s'entretient avec le concept du droit qu'il a lui-même créé et qu'il met en exercice, parfois sans en avoir pleine conscience, ni de l'exact contenu de ce concept, ni du fait qu'il l'a conçu pour et dans sa pratique.

Notre enquête archéologique nous permet d'arriver à cette conclusion : les polémiques autour du positivisme juridique se transformeraient en de vives dialectiques qui bénéficieraient non seulement à la discipline du droit mais aussi à d'autres disciplines, existantes ou à venir, si la différence et le rapport entre ces deux niveaux de sciences — l'un qui nous permet de parler en droit, l'autre qui nous permet de nous comprendre en tant qu'êtres qui savent parler en droit — étaient éclaircis. Il serait insensé et impossible que l'un remplace l'autre, donc autant porter l'attention sur les potentiels de chacun. En revanche, si la distinction entre les deux n'était pas bien prise en compte, si les discussions portant sur le positivisme juridique continuaient à être motivées par l'ambition de « dévoiler » la « vérité » du droit, on risquerait de rater tout ce qu'il y a de novateur dans cet événement épistémologique. Le positivisme juridique n'a pas tort d'insister sur une scientificité positiviste, et il ne s'est pas trompé non plus sur la nature de son objet. Mais s'il y a une faute qui peut lui être reprochée, c'est qu'il méconnaît la question qu'il se pose, ce dont témoigne la manière dont il la pose — « Qu'est-ce que, universellement, abstraitement et essentiellement, le droit ? » Cette question, posée dans le seul but de parfaire la scientificité du droit, ne fait pas partie

de celles auxquelles les pensées juridiques précédentes essayaient de répondre. Le positivisme juridique a tort de penser que toute la tradition scientifique du droit avant lui n'a pas réussi à identifier le vrai visage du droit, car cette problématique apparaît à lui seul. C'est sans doute à cause de cette méconnaissance envers lui-même et envers sa propre position archéologique, que ses travaux extraordinaires donnent en revanche l'impression de rompre avec la tradition juridique et de menacer les imaginaires du droit, et qu'une part de ses mérites et utilités demeurent dans l'ombre.

Les **idées** principales que prônent le positivisme juridique et les diverses théories positivistes du droit ont une longue histoire dans les pensées politiques et continuent à irriguer les discussions concernant le commencement ou la limite d'un système juridique, notamment dans des domaines comme le droit international, le droit constitutionnel ou les théories de l'État. Mais c'est à travers ses problématiques épistémologiques et son modèle scientifique que le positivisme juridique propose de véritables nouveautés dans le monde des sciences. Plutôt que se limiter au domaine du droit, il présenterait plus de potentiel s'il se positionnait en tant que science anthropologique — comme ce qu'il est censé être d'après notre analyse archéologique — qui, avec son questionnement fondamentaliste, explore une partie de la limite qui définit l'homme tel qu'il se connaît et se reconnaît. Car ce que le positivisme juridique théorise n'est pas vraiment le droit, notre droit — celui qui est effectif, pratiqué et considéré à la fois comme composante et compositeur de notre culture ; celui qui est l'objet principal de la science du droit au sens traditionnel —, mais le phénomène humain consistant à conceptualiser la vie juridique. Et il l'étudie non pas en tant que donné historique, mais en tant que dispositifs qui déploient et essaient les concepts créés et qui réalisent des institutions en combinant ces derniers et le monde matériel. Ce domaine n'a pas été découvert par le positivisme juridique, et celui-ci n'y contribue qu'en une petite partie, mais une partie très spécifique et originale : la connaissance sur la **conceptualisation structurelle** des dispositifs juridiques. La plus grande utilité du positivisme juridique dépendra de ce que l'on arrive à faire avec cette connaissance, notamment en collaboration avec d'autres disciplines. Avec l'histoire ou l'anthropologie, par exemple, dans la comparaison de différents régimes en termes de stabilité ou de prospérité, pour comprendre combien le

savoir des dispositifs conceptuels, et lesquels en particulier, contribue à leur survie ; ou dans l'analyse d'une culture prémoderne ou préhistorique, pour évaluer si les règles secondaires de Hart ou la structure pyramidale de Kelsen y trouvent leurs parents éloignés, ou si leur manque explique certaines évolutions ou signale un tout autre monde conceptuel. Ou avec la linguistique ou la programmation par exemple, dans la création d'une entité artificielle et virtuelle, avec sa propre communauté, sa propre langue et ses propres lois, et qui imite la culture humaine voire la dépasse — un terrain pour tester les techniques de conceptualisation découvertes par les juristes positivistes et pour en développer d'autres. Sur ces quelques suggestions rudimentaires, nous terminons notre récit archéologique et laissons notre lecteur multiplier les imaginaires de l'homme, à partir du droit.

Bibliographie

- AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing, 1998.
- AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Wilfrid E. Rumble (éd.), New-York Melbourne, Cambridge University press, coll. « Cambridge texts in the history of political thought », 1995.
- BARANGER Denis, « Bentham et la codification », *Droits*, n° 27, 1998, p. 17-37.
- BENTHAM Jeremy, *The Correspondence of Jeremy Bentham*, Ian. R. Christie (éd.), London, UCL Press, 2017, vol. 3.
- BENTHAM Jeremy, « Preparatory Principles : Inserenda », dans Douglas G. Long et Philip Schofield (éd.), *Preparatory Principles*, Oxford, New York, Oxford University Press, coll. « The Collected Works of Jeremy Bentham », 2016, p. 1-424.
- BENTHAM Jeremy, *Preparatory Principles*, Douglas G. Long et Philip Schofield (éd.), Oxford, New York, Oxford University Press, coll. « The Collected Works of Jeremy Bentham », 2016.
- BENTHAM Jeremy, « Preparatory Principles : Introduction », dans Douglas G. Long et Philip Schofield (éd.), *Preparatory Principles*, Oxford, New York, Oxford University Press, coll. « The Collected Works of Jeremy Bentham », 2016, p. 425-437.
- BENTHAM Jeremy, *Introduction aux principes de morale et de législation*, Malik Bozzo-Rey, Anne Brunon-Ernst, Emmanuelle De Champs, Jean-Pierre Cléro, Christian Laval et Guillaume Tusseau (trad.), Paris, J. Vrin, 2011.
- BENTHAM Jeremy, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Philip Schofield (éd.), Oxford, New York, Oxford University Press, coll. « The Collected Works of Jeremy Bentham », 2010.
- BENTHAM Jeremy, *A comment on the Commentaries and A fragment on Government*, James Henderson Burns et Herbert Lionel Adolphus Hart (éd.), Oxford, Clarendon press, coll. « The collected works of Jeremy Bentham », 2008.
- BENTHAM Jeremy, *Panoptique : mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection, et nommément des maisons de force*, Étienne Dumont (trad.), Paris, Éd. Mille et une nuits, coll. « Mille et une nuits », 2002.

- BENTHAM Jeremy, *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, Philip Schofield (éd.), Jean-Pierre Cléro et Christian Laval (trad.), sans lieu, Éditions du Seuil, 1997.
- BENTHAM Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns, H. L. A. Hart et F. Rosen (éd.), Oxford, New York, Oxford University Press, coll. « The Collected Works of Jeremy Bentham », 1996.
- BENTHAM Jeremy, *Théorie des fictions*, Gérard Michaut (trad.), Paris, Association freudienne internationale, coll. « Le discours psychanalytique », 1996.
- BENTHAM Jeremy, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, J. H. Burns et H. L. A. Hart (éd.), London, The Athlone Press, 1977.
- BENTHAM Jeremy, *Of Laws in General*, H. L. A. Hart (éd.), London, University of London, Athlone Press, coll. « The collected works », 1970.
- BENTHAM Jeremy, *The Limits of Jurisprudence Defined: Being Part Two of An Introduction to the Principles of Morales and Legislation*, Charles Warren Everett (éd.), New York, Columbia University Press, 1945.
- BENTHAM Jeremy, *The Works of Jeremy Bentham*, John Bowring (éd.), Edinburgh, William Tait, 1838, vol. 8/11.
- BENTHAM Jeremy, « Chrestomathia », dans John Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1838, vol. 8/11, p. 1-192.
- BENTHAM Jeremy, « A Fragment on Ontology », dans John Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1838, vol. 8/11, p. 193-211.
- BENTHAM Jeremy, *The Works of Jeremy Bentham*, John Bowring (éd.), Edinburgh, William Tait, 1838, vol. 11/11.
- BENTHAM Jeremy, *The Works of Jeremy Bentham*, John Bowring (éd.), Edinburgh, William Tait, 1838, vol. 4/11.
- BERMAN Harold. J., *Law and Revolution II: the Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2003.
- BLACKSTONE William, *Commentaries on the Laws of England. Book I: Of the Rights of Persons*, Wilfrid Prest et David Lemmings (éd.), Oxford, Oxford University Press, coll. « The Oxford Edition of Blackstone », 2016.
- BLACKSTONE William, *Commentaries on the Laws of England. Book IV: Of Public Wrongs*, Wilfrid Prest et Ruth Paley (éd.), Oxford, Oxford University Press, coll. « The Oxford Edition of Blackstone », 2016.
- BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « L'École historique du droit et le problème de l'historicité du droit », Olivier Jouanjan (trad.), dans Ernst-Wolfgang

Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2000, p. 53-76.

- BOISSIER DE SAUVAGES François, *Nosologia methodica sistens morborum classes, genera et species*, sans lieu, 1763.
- BOUVERESSE Jacques, « La théorie des fictions chez Bentham », dans Kevin Mulligan et Robert Roth (éd.), *Regards sur Bentham et l'utilitarisme: actes du colloque organisé à Genève les 23 et 24 novembre 1990*, Genève, Droz, coll. « Recherches et rencontres », 1993, p. 87-98.
- BRUNON-ERNST Anne, « Deconstructing Panopticism into the Plural Panopticons », dans Anne Brunon-Ernst (éd.), *Beyond Foucault: New Perspectives on Bentham's Panopticon*, Farnham, Burlington, Ashgate, 2012, p. 17-41.
- BRUNON-ERNST Anne et Guillaume TUSSEAU, « Epilogue: The Panopticon as a Contemporary Icon? », dans Anne Brunon-Ernst (éd.), *Beyond Foucault: New Perspectives on Bentham's Panopticon*, Farnham, Burlington, Ashgate, 2012, p. 185-200.
- BRYCE James, *Studies in History and Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 1901, vol. 2.
- BURNS J. H., « Bentham and Blackstone: A Lifetime's Dialectic », *Utilitas*, vol. 1, n° 1, 1989, p. 22-40.
- CARBONNIER Jean, « La passion des lois au siècle des Lumières », dans *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979.
- CHAMPS (DE) Emmanuelle, « Loi et progrès dans le Code Constitutionnel de Jeremy Bentham », *Les Cahiers du CREA ACTIF*, 2000, p. 14-30.
- CLÉRO Jean-Pierre, « « Art » et « science » dans Chrestomathia », *Revue d'études benthamiennes [En ligne]*, vol. 18, 2020.
- DEFERT Daniel, François EWALD et Frédéric GROS, « Présentation », dans *Anthropologie du point de vue pragmatique*, Paris, J. Vrin, 2019, p. 7-9.
- DINWIDDY John Rowland, *Bentham: Selected Writings of John Dinwiddy*, Stanford, Stanford University Press, sans date.
- DUFOUR Alfred, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *Archives de philosophie du droit*, vol. 29, 1984, p. 209-249.
- DYZENHAUS David, « The Genealogy of Legal Positivism », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 1, 2004, p. 39-67.
- FINNIS John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

- FOUCAULT Michel, « Introduction à l'Anthropologie de Kant », dans *Anthropologie du point de vue pragmatique*, Paris, J. Vrin, 2019, p. 11-79.
- FOUCAULT Michel, *L'Archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 2008.
- FOUCAULT Michel, *Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, coll. « Quarto », 2001.
- FOUCAULT Michel, *Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1990.
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
- FULLER Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, London, Yale University Press, 1964.
- FULLER Lon L., « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, p. 630-672.
- GOYARD-FABRE Simone, « Kant et l'idée pure du droit », *Archives de philosophie du droit*, vol. 26, 1981, p. 133-154.
- HAFERKAMP Hans-Peter, « Historical Conditions for the Contemporary Understanding of Legal Method in Germany », dans Ingvill Helland et Sören Koch (éd.), *Nordic and Germanic Legal Methods: Contributions to a Dialogue between Different Legal Cultures, with a Main Focus on Norway and Germany*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 84-96.
- HALÉVY Élie, *La formation du radicalisme philosophique III. Le radicalisme philosophique*, Paris, Puf, coll. « Éthique et philosophie morale », 1995, vol. 3.
- HALÉVY Élie, *La formation du radicalisme philosophique. La jeunesse de Bentham*, Paris, F. Alcan, 1901, vol. 1/3.
- HALPÉRIN Jean-Louis, « Kelsen dans la pensée juridique de langue allemande », dans Eric Millard (éd.), *Hans Kelsen : Autobiographie*, Paris, Dalloz, 2023, p. 85-104.
- HALPÉRIN Jean-Louis, « Le recul de l'École historique du droit ou le déclin de la méthode savignicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 1, 2009, p. 101-116.
- HAMBURGER Lotte et Joseph HAMBURGER, *Troubled lives : John and Sarah Austin*, Toronto, University of Toronto press, 1985.
- HARRISON Ross, *Bentham*, London, Routledge, coll. « The Arguments of the Philosophers », 1983.
- HART H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd éd., Oxford, Oxford University Press, 1994.

- HART H. L. A., *Essays on Bentham : Jurisprudence and Political Theory*, New York, Oxford University Press, 1982.
- HART H. L. A., « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, p. 593-629.
- HERZOG Tamar, *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millennia*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2018.
- HOBBS Thomas, *The Three-Text Edition of Thomas Hobbes's Political Theory: The Elements of Law, De Cive and Leviathan*, Deborah Baumgold (éd.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- HOBBS Thomas, « A Dialogue between a Philosopher and a Student, of the Common Laws of England », dans *Writings on Common Law and Hereditary Right*, Oxford, Oxford University Press, coll. « The Works of Thomas Hobbes », 2005, vol. 11, p. 1-146.
- HOESCH Matthias, « From Theory to Practice : Bentham's Reception of Helvétius », *Utilitas*, vol. 30, n° 3, septembre 2018, p. 294-316.
- HUSA Jaakko, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2015.
- JACOBS Struan, « Bentham, Science, and the Construction of Jurisprudence. », *History of European Ideas*, vol. 12, n° 5, 1990, p. 583-594.
- JOUANJAN Olivier, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, Puf, 2005.
- JOUANJAN Olivier, « Savigny et le "tournant philologique" de la pensée allemande : pour une lecture métaphysique de la science historique du droit », dans *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 107-125.
- JOUANJAN Olivier, « La volonté dans la science juridique allemande du XIXe siècle : Itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits*, n° 28, 1999, p. 47-69.
- KANT Emmanuel, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, Michel Foucault (trad.), Paris, J. Vrin, 2019.
- KANT Emmanuel, *Critique de la faculté de juger*, Alain Renaut (trad.), Paris, Flammarion, 2015.
- KANT Emmanuel, « Sur l'expression courante : Il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique cela ne vaut rien », Louis Guillermit (trad.), dans *Théorie et pratique. Sur un prétendu droit de mentir par humanité.*, Paris, J. Vrin, 2013, p. 11-72.

- KANT Emmanuel, *Critique de la raison pure*, André Tremesaygues et Bernard Pacaud (éd.), Paris, Puf, coll. « Quadrige », 2012.
- KANT Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Alexis Philonenko (éd.), Victor Delbos (trad.), Paris, J. Vrin, 2004.
- KANT Emmanuel, *Doctrine du droit*, Alexis Philonenko (éd.), Alexis Philonenko (trad.), Paris, J. Vrin, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 1993.
- KANT Emmanuel, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, Michel Foucault (trad.), Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1964.
- KANT Emmanuel et Christian FERRIÉ, *Le conflit des Facultés et autres textes sur la révolution*, Christian Ferrié (trad.), Paris, Payot & Rivages, coll. « Critique de la politique », 2015.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Charles Eisenmann (trad.), 2^e éd., Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1999.
- KELSEN Hans, « 'Foreword' to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law », Bonnie Litschewski Paulson et Stanley L. Paulson (trad.), dans *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 3-22.
- KELSEN Hans, « The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves », Stanley L. Paulson et Bonnie Litschewski Paulson (trad.), dans *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 169-175.
- KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Béatrice Laroche et Valérie Faure (trad.), Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997.
- KELSEN Hans, « La Doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », Valérie Faure (trad.), dans *Théorie générale du droit et de l'État*, sans lieu, Bruylant LGDJ, 1997, p. 436-492.
- KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, Olivier Beaud et Fabrice Malkani (trad.), Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1996.
- KELSEN Hans, « Causality and Imputation », *Ethics: an International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, LXI, n° 1, 1950, p. 1-11.
- KIRCHMANN Julius Hermann von, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, Springer, 1848.
- KOHLER Josef, *Lehrbuch der rechtsphilosophie*, Berlin, W. Rothschild, 1909.
- KOSELLECK Reinhard, « Historia magistra vitae. De la dissolution du topos dans l'histoire moderne en mouvement », Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock

(trad.), dans Reinhard Koselleck, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris, EHESS, coll. « En temps et lieux », 2016, p. 59-86.

KOSELLECK Reinhard, « Du caractère disponible de l'histoire », Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock (trad.), dans Reinhard Koselleck, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris, EHESS, coll. « En temps et lieux », 2016, p. 275-290.

KOSELLECK Reinhard, « Le futur passé des Temps modernes », Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock (trad.), dans Reinhard Koselleck, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris, EHESS, coll. « En temps et lieux », 2016, p. 39-58.

KOSELLECK Reinhard, « Le concept d'histoire », Alexandre Escudier (trad.), dans Reinhard Koselleck, *L'expérience de l'histoire*, Paris, Gallimard, 1997, p. 19-134.

KROOK Joshua, « A Brief History of Legal Education: A Battle Between Law as a Science and Law as a Liberal Art », *Legal History*, vol. 17, n° 2, 2017, p. 30-61.

LAVAL Christian, « From Discipline and Punish to The Birth of Biopolitics », dans Anne Brunon-Ernst (éd.), *Beyond Foucault: New Perspectives on Bentham's Panopticon*, Farnham, Burlington, Ashgate, 2012, p. 43-60.

LAVAL Christian, *Jeremy Bentham : le pouvoir des fictions*, Paris, Puf, coll. « Philosophies », 1994.

LIEBERMAN David, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

LOBBAN Michael, « John Austin and Bentham's Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence », dans Guillaume Tusseau (éd.), *The legal philosophy and influence of Jeremy Bentham : essays on « Of the limits of the penal branch of jurisprudence »*, London, Routledge, coll. « Routledge research in constitutional law », 2014, p. 149-169.

MARI Enrique, « Jeremy Bentham : du "souffle pestilentiel de la fiction" dans le droit, à la théorie du droit comme fiction », François Ost et François Renard (trad.), dans Philippe Gérard, François Ost et Michel Van De Kerchove (éd.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1987, p. 181-201.

MOORE G. E., *Principia Ethica (Revised Edition)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

MURPHY James Bernard, « Positive Divine Law in Austin », dans Michael D. A. Freeman et Patricia Mindus (éd.), *The legacy of John Austin's jurisprudence*, Dordrecht New York, Springer, coll. « Law and philosophy library », 2013, p. 169-183.

- OGDEN C. K., *Bentham's Theory of Fictions*, London, Routledge, 2000.
- OST François, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », dans Philippe Gérard, François Ost et Michel Van De Kerchove (éd.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Nouvelle édition [en ligne], Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1987, p. 163-230.
- PALTRINIERI Luca, « Archéologie », *Le Télémaque*, n° 48, 2015, p. 15-30.
- PALTRINIERI Luca, « L'archive comme objet : quel modèle d'histoire pour l'archéologie ? », *Les Études philosophiques*, n° 153, 2015, p. 353-376.
- PAULSON Stanley L., « Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, n° 1, 1998, p. 153-166.
- PAULSON Stanley L., « Introduction », dans *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. xxiii-liii.
- PAULSON Stanley L., « On the Implications of Kelsen's Doctrine of Hierarchical Structure », *The Liverpool Law Review*, XVIII, n° 1, 1996, p. 49-62.
- PAULSON Stanley L., « Kelsen and the Marburg School: Reconstructive and Historical Perspectives », dans Werner Krawietz, Neil MacCormick et Georg Herik von Wright (éd.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems: Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 481-494.
- PAULSON Stanley L., « Toward a Periodization of the Pure Theory of Law », dans Letizia Gianformaggio (éd.), *Hans Kelsen's Legal Theory: a Diachronic Point of View*, Turin, G. Giappichelli Editore, 1990, p. 11-47.
- PERREAU-SAUSSINE Amanda, « Bentham and the Boot-strappers of Jurisprudence: the Moral Commitments of a Rationalist Legal Positivist », *Cambridge Law Journal*, vol. 63, n° 2, 2004, p. 346-383.
- POSNER Richard A., « Blackstone and Bentham », *The Journal of Law & Economics*, vol. 19, n° 3, 1976, p. 569-606.
- POSTEMA Gerald J., *Bentham and the Common Law Tradition*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, coll. « Clarendon law series », 2019.
- PREST Wilfrid, « Blackstone and Biography », dans Wilfrid Prest (éd.), *Blackstone and his Commentaries : Biography, Law, History*, Portland, Hart Publishing, 2009, p. 3-14.
- PUCHTA Georg Friedrich, « Encyclopédie », Olivier Jouanjan (trad.), dans *L'esprit de l'École historique du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Collections de l'Université Robert Schuman », 2004, p. 33-74.

- RENAUT Alain, *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997.
- ROSS Alf, « Tû-Tû », Eric Millard et Elsa Matzner (trad.), dans *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, Bruylant LGDJ, 2004, p. 103-116.
- RÜCKERT Joachim, « Savigny et la méthode juridique », dans Olivier Jouanjan (éd.), *L'esprit de l'École historique du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Collections de l'Université Robert Schuman », 2004, p. 75-95.
- SAVIGNY Friedrich Carl von, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Alfred Dufour (trad.), Paris, Puf, coll. « Léviathan », 2006.
- SAVIGNY Friedrich Carl von, « Opinions pour et contre de nouveaux Codes », dans *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris, Puf, 2006, p. 137-162.
- SAVIGNY Friedrich Carl von, « Sur le but de la présente revue », Olivier Jouanjan (trad.), dans Olivier Jouanjan (éd.), *L'esprit de l'École historique du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Collections de l'Université Robert Schuman », 2004, p. 25-32.
- SAVIGNY Friedrich Carl von, *Traité de droit romain*, Charles Guénoux (trad.), Paris, F. Didot frères, 1860, 8 vol. In-8°.
- SAVIGNY Friedrich Carl von, *Traité de droit romain. Tome 1*, Charles Guénoux (trad.), Paris, F. Didot frères, 1855, 8 vol. In-8°.
- SAVIGNY Friedrich Carl von, *Histoire du droit romain au moyen âge. Tome premier*, Charles Guénoux (trad.), Paris, C. Hingray, 1839. In-8.
- SCHAUER Frederick, « The Path-Dependence of Legal Positivism », *Virginia Law Review*, vol. 101, n° 4, 2015, p. 957-976.
- SCHAUER Frederick, « Positivism Before Hart », dans Michael D. A. Freeman et Patricia Mindus (éd.), *The legacy of John Austin's jurisprudence*, Dordrecht New York, Springer, coll. « Law and philosophy library », 2013, p. 271-290.
- SCHLEGEL Friedrich von et Charles LE BLANC, *Fragments*, Paris, J. Corti, coll. « En lisant, en écrivant », 1996.
- SCHOFIELD Philip, « Jeremy Bentham and HLA Hart's "Utilitarian Tradition in Jurisprudence" », *Jurisprudence*, vol. 1, n° 2, 2010, p. 147-167.
- SCHOFIELD Philip, « Jeremy Bentham, the principle of utility, and legal positivism », *Current Legal Problems*, vol. 56, 2003, p. 1-39.
- SCHOFIELD Philip, « Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence », *The Journal of Legal History*, vol. 12, n° 1, 1991, p. 55-88.

- STEINTRAGER James, *Bentham*, London, George Allen & Unwin, 1977.
- STOLLEIS Michael, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Marie-Ange Maillet et Marie Ange Roy (trad.), Paris, Dalloz, 2014.
- STONE Martin, « Legal Positivism as an Idea of Morality », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 61, n° 2, 2011, p. 313-341.
- SUPIOT Alain, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005.
- TARANTINO Piero, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, New York, Routledge, 2018.
- THOMAS Yan, *Mommsen et « l'Isolierung » du droit : Rome, l'Allemagne et l'État*, Paris, Diffusion de Boccard, 1984.
- TROPER Michel, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et Société*, vol. 11, n° 2, 1987, p. 195-204.
- TUSSEAU Guillaume, *Jeremy Bentham : la guerre des mots*, Paris, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2011.
- TUSSEAU Guillaume, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel : une approche de l'utilitarisme juridique*, sans lieu, L'Harmattan, 2001.
- TWINING William, « 1836 and All That: Laws in the University of London 1836–1986 », *Current Legal Problems*, vol. 40, n° 1, 1987, p. 261-299.
- VEYNE Paul, « Foucault révolutionne l'histoire », dans *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Éditions du Seuil, coll. « Points », 1978.
- VEYNE Paul, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Éditions du Seuil, coll. « Points », 1978.
- WASZEK Norbert, « L'histoire du droit selon Edouard Gans. Une critique hégélienne de F. C. von Savigny », dans Jean-François Kervégan et Heinz Mohnhaupt (éd.), *Recht zwischen Natur und Geschichte / Le droit entre nature et histoire*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1997, p. 257-280.
- WIEACKER Franz, *A history of private law in Europe, with particular reference to Germany*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- WOLFF Christian, *Philosophia rationalis sive Logica, methodo scientifica pertractata et ad usum scientiarum atque vitae aptata*, Francfort et Leipzig, 1728.
- ZHAI Xiaobo, « Bentham's Natural Arrangement Versus Hart's Morally Neutral Description », *Revue d'études benthamiennes [online]*, vol. 10, 2012.

ZIMMERMANN Reinhard, « L'héritage de Savigny : histoire du droit, droit comparé et émergence d'une science juridique européenne », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxvii, n° 1-2, 2013, p. 95-127.

Résumé :

Cette thèse cherche à décortiquer les éléments épistémologiques du modèle du positivisme juridique, en les inscrivant dans une histoire particulière qui n'apparaît qu'au prisme de l'archéologie foucauldienne. Le principe qui aiguille cette enquête archéologique consiste à penser le positivisme juridique non pas à partir du concept de droit qu'il propose, mais en tant que science qui s'est construite sous certaines conditions épistémologiques. En prenant pour exemple par excellence les théories positivistes de Hans Kelsen et de H. L. A. Hart, l'enquête se propose de chercher les conditions de possibilités d'un tel modèle dans l'épistémè qui le précède ainsi que dans celle à laquelle il appartient, et, pour ce faire, de revisiter les mouvements épistémologiques qui caractérisent le XIXe siècle. À travers les analyses portées sur les modèles scientifiques de l'utilitarisme, de la philosophie kantienne et de l'École historique du droit, sont tracés deux parcours par lesquels la formation du positivisme juridique s'éclaire : l'un qui fait primer la science du droit sur son objet, l'autre qui transforme la question du droit en une question de l'être. Le travail qui résulte de cette enquête permet de contextualiser les problématiques principales du positivisme juridique et, ainsi, de proposer une alternative à sa critique.

Descripteurs : anthropologie kantienne, archéologie foucauldienne, École historique du droit, épistémologie du droit, positivisme juridique, science du droit, utilitarisme.

Title and Abstract:

The Birth of Legal Positivism: an Archaeology of Science of Law

The purpose of this dissertation is to identify the essential characters of contemporary legal positivism as it appeared as a new scientific model which is fundamentally different from the preceding legal science tradition. The main spirit and method of this study follow the lessons of the archaeology project realised by Foucault on modern human sciences. All findings composing this present work distinguish themselves by this basic assumption: the true historical novelty of the legal positivism is not to be found in its concept of law, but in its specific conception of what it means to construct a science of law which can be qualified as strictly scientific, and in the type of knowledge it proposes. In other words, the legal positivism should be considered as a particular epistemological event rather than a legal theory.

The result of this study is an alternative history that tracks three important archaeological moments during the 19th century: utilitarianism, Kant's epistemological revolution, and German historical school of jurisprudence. These moments are emblematic of different paradigmatic changes which account for the main problematics from which arose the scientific model of the legal positivism. By understanding the process through which the legal positivism became the science that it claims to be, this study dismantles its alleged universalism and proposes an alternative critical position towards its validity.

Keywords: Foucault's archaeology, epistemology of law, German historical school of jurisprudence, Kant's anthropology, legal positivism, science of law, jurisprudence, utilitarianism.