**Notions philosophie du droit**

Contents

[Chapitre 1 : la modernité juridique et l’essor de la volonté 2](#_g9es0drbhs0t)

[§1- Une approche idéaliste du droit 2](#_cn03szbo3t60)

[§2- Une approche contractualiste de l’Etat 4](#_3g3jms1796a1)

[Section 2 : une normativité volontarisme – le culte de la loi 7](#_cdpk9hpkyncy)

[§1- le glissement du droit naturel moderne vers le positivisme juridique 7](#_ck1yyn8w35ci)

[§2- la dérive métaphysique du positivisme légaliste 11](#_xpkqc4495e07)

[Chapitre 2 : la post modernité juridique et le déclin de la volonté 13](#_blxwhnlhhy3a)

[Section 1 : une réaction ontologique – la contre révolution objectiviste 13](#_74e5rohaaw0i)

[Section 2 : une normativité en mutation – le culte du **droit** 16](#_t4cj62ftico6)

[§1- la dévalorisation du modèle étatique de souveraineté 16](#_ggi8o22ihtdt)

[§2- L’émergence croissante de la figure du juge 18](#_8yo4k82v1xh)

**Dogmatique**: simple reproduction des énoncés juridiques.

| Théorie du droit | Philosophie du droit |
| --- | --- |
| qu’est ce que le droit ? | pourquoi le Droit ? |
| analyse la réalité des éléments constitutifs de la règle de D susceptible d’être dévoilé dans une démarche explicative quel que soit le degré de justice ou d’injustice de celle – ci. Elle construit, pour rendre intelligible, des catégories générales permettant de classer, de repérer et dem comprendre le chaos de ces énonces à prétention normative afin d’y déceler des invariants communs & universalisables | il s’agit de proposer quelle vérité sous-tend le devoir universel d’obéir aux règles de Droits. Il s’évertuera à dire pourquoi et au nom de quels principes ou de quel idéal de vie et de justice les hommes sacrifient-ils une part de leur liberté naturelle et s’imposent-ils en société les conditions de leur propre hétéronomie. De telles interrogations, qui sont parfois aussi celles du citoyen ou du croyant, en bref celles de l’homme comme animal métaphysique en quête de supplément d’âme, prennent forcément une tournure substantialiste à laquelle demeure généralement étrangère, en revanche, la théorie du droit. |
| approche purement descriptive et positiviste car elle se limiterait, selon une démarche explicative et savante visant à construire une explication du droit *a posteriori* à partir d’une observation empirique de celui-ci.  Cette explicitation se veut générale et elle ne peut donc porter que sur ce qui est commun à tous les droits positifs ou tout au moins à quelques droits positifs. Or, seule la forme du droit (un ensemble de normes de conduite assorties de sanctions susceptibles de s’appliquer en cas de conduites contraires les valeurs contenues dans ces normes) est susceptible d’être généralisé. | approche quasi normative d’inspiration jusnaturaliste car elle s’évertuerait, selon un point de vue métaphysique, à découvrir les critères permettant de connaître le droit juste.  L’universalisme de la philosophie du droit, orienté vers la question du contenu moral des normes juridiques, porte quant à lui la discipline à formuler des énoncés qui, en exprimant une certaine représentation du monde qu’il s’agit de faire passer pour universelle, la privent radicalement du statut de discipline scientifique. C’est que ces énoncés traduisent des convictions ni logiquement démontrables ni empiriquement falsifiables. Ce ne sont ni des énoncés **mathématiques**, ni des énoncés **expérimentaux**. Ils appartiennent à l’univers intellectuel de la philosophie |

* l’**ontologie** = l’étude ou la connaissance de ce que sont les choses en elles mêmes, **en tant que substance,** par opposition à l’étude de leurs apparences ou de leurs attributs (qui relève la phénoménologie)

*Q ontologique : le droit se réduit – il au txt du législateur ou n’est pas une substance dont le texte ne serait que le support formel ? Le sens de la loi est-il univoque et connaissable dès la simple lecture de son txt (tradit° légaliste) ou n’est pas enfui dans les abîmes impénétrables de la conscience subjective de son auteur au point d’être insusceptible de communication et sujet, dès lors, à une seconde naissance lors de sa lecture et de son interprétation par le juge ?*

L’ontologie du droit porte sur la **nature** et l’**essence du droit** comme objet livré à l’examen du juriste

Le droit est conçu comme **un objet** dont

* la forme est un ensemble normatif qui accorde et fixe, au sein d’une communauté humaine donnée, des droits et des obligations
* & qui se matérialise par un discours législatif ou juridictionnel dont la teneur diverge selon les conceptions qu’en livrent les diff écoles philosophiques

| Ontologie **réaliste** (elle tient pour réelle des substances universelles) et **objectiviste** des anciens | Ontologie **idéaliste** et **subjectiviste** |
| --- | --- |
| Le législateur & le juge n’ont qu’à restituer passivement ce que raconte la nature des choses dont le droit serait issu.  Le droit est une émanation naturelle de l’ordonnancement cosmique qui est un **ordre normatif**. | Le droit, fruit de l’esprit, n’est que le produit intellectuel de la volonté humaine |
| le droit est **autonome** et **soustrait à la volonté des hommes** | **Les faits & les valeurs sont dissociées** → l’idée du bien et du juste, la charge de déterminer la mesure des comportements humains se sont détachés de la connaissance des choses pour trouver leurs ressources dans l’action et dans la volonté  → primat de **la volonté** |
|  | La loi, expression de la volonté générale, est la source exclusive de l’obéissance juridique |
| L’objet s’impose extérieurement à la conscience du sujet | Le réel n’existe pas objectivement, mais à travers le prisme de la pensée et de la volonté du sujet → celui – ci crée l’objet en s’en faisant une représentation / une idée   * Substitution de la volonté à la connaissance comme instrument d’accès aux valeurs |
| Le mal en soi est connaissable : le Tribunal de Nuremberg invente une qualification juridique rétroactive. | Le mal en soi n’existe pas : Principe de **non rétroactivité** de la loi pénale car l’auteur est réputé ignorer que ce qu’il accomplissait était tenu pour le mal) |
| **Critiques** (de Kelsen) :  -imputer une intention normative à la nature consiste à méconnaitre le principe de causalité : il s’agit à chaque fois, en raison de l’obscurité des connaissances et comme pour conjurer l’angoisse du mystère d’une nature non encore causalement dévoilée, d’enchanter celle – ci en l’interprétant, de façon anthropomorphique, selon le principe d’imputation (action d'attribuer (à quelqu'un) une action, un fait, un comportement qu'on juge généralement blâmable.)  - prêter des intentions et un programme à la nature permet également de conserver l’ordre établi en faisant passer pour objectif un ordre arbitraire crée par l’homme  - le droit naturel est volatile : il peut servir à justifier une chose et son contraire (la révolte ou le respect de l’ordre établi, l’interdiction du suicide au nom de l’instinct de conservation ou sa légalisation au nom des statistiques du suicide,…) | **Critiques**:  - Duguit : le positivisme ne peut pas fonder le droit sur la seule autorité de la loi sans recourir à des idées métaphysiques conçues *a priori* (le contrat social, la personnalité morale, la souveraineté,…)  - cette ontologie alimente une certaine **reconnaissance du fait accompli** au mépris de l’incontournable vertu objectivante du droit → elle conduit à **idéaliser** les rapports de force |

# Chapitre 1 : la modernité juridique et l’essor de la volonté

### §1- Une approche idéaliste du droit

L’origine du volontarisme :

|  | saut d’Athènes à Jérusalem | saut de Jérusalem à Bethléem |
| --- | --- | --- |
| Chez les grecs : le divin est enraciné dans la nature → il est immanent au *cosmos* (*i.e* contenu dans la nature) & la contemplation de l’ordre naturel des choses permet de le découvrir   * Il n’y a aucune trace d’universalisme & le droit est rattaché à une terre / une communauté | Chez les juifs : le *logos* est extérieur au monde & Dieu (l’unique) est **transcendant** à la nature et **universel**.   * Le *logos* s’extériorise et fait l’objet d’une centralisation | Dans le christianisme : le Dieu des chrétiens n’est plus seulement celui du peuple élu, mais il s’ouvre à toute l’humanité → le message chrétien universalise définitivement le divin et libre l’homme, non seulement du *cosmos*, mais aussi de la cité.  En outre, Dieu s’est incarné dans la personne de Jésus & il a fait l’homme à son image  → le logis devient un « sujet humain » |

Le **péché originel**: la raison humaine est fragilisée depuis la chute du paradis. Obstrué par cette vulnérabilité, elle n’a plus l’aptitude de découvrir le vrai ni de discerner le juste de l’injustice par la simple contemplation du **cosmos** → les valeurs morales deviennent inaccessibles à cette raison profane objective qui ne peut connaitre que les faits. L’homme doit donc s’en remettre à la loi (les préceptes bibliques/le décalogue) pour connaitre les valeurs qui doivent orienter son comportement social → le droit est assimilé à la **morale** et au **commandement**

ex : quand Abraham s’apprête à exécuter son fils, aux ordres de dieu, il ne prend pas en considération leur contenu injuste, mais il obéit à l’autorité dont il émane (Dieu) → le juste et l’injuste deviennent des notions relatives

→ la raison n’est plus dans le *cosmos*, mais elle lui est extérieure et elle se trouve dans **un dieu transcendant**

L’homme va ensuite se substituer à Dieu

| Rationalisme **Thomiste** | Volontarisme **Occamien** |
| --- | --- |
| Pour Saint Thomas d’Aquin : la puissance de Dieu est limitée par la raison, la sagesse et les lois causales de la nature.  → la nature est un ordre cohérent dont il serait possible d’extraire une éthique  → maintient de la tradition aristotélicienne | Pour d‘Occam : Dieu dispose d’une puissance absolue qui lui permet d’opposer sa volonté à l’ordre naturel des choses → il n’existe au sein du cosmos, aucun ordre objectif qui n’échappe à une définition arbitrairement posée par lui  → logique subjectiviste déclenchée par l’avènement du judéo christianisme |
| **Querelle des universaux** (l’homme, l’animal, la famille, la cité, le citoyen,…) | |
| Il tient pour **réels** et **intangibles** les universaux | Les choses universelles n’ont **pas d’identité en dehors de notre esprit**, car c’est ce dernier qui les façonne par les mots. En effet, les choses sont isolées et singulières et la fonction du signe est de classer les choses, de les universaliser en les enfermant dans des catégories  → l’univers n’est plus un cosmos et la nature n’est pas une totalité finalisée, mais elle est **sourde** et **muette**  → la source du droit n’est plus **les choses**, mais elle est le fruit des idées → les universaux peuvent être construits ou déconstruits |
| Le mal en soit (*mala in se*) est **objectivement connaissable**, sans volonté législatrice d’origine divine ou profane | Il ne saurait exister une définition naturelle et intrinsèque du mal (germe de la future doctrine positiviste & légaliste selon laquelle il n’y a de crime que celui réprimé comme tel par la loi). |

L’idéalisme de la philosophie nominaliste qui regarde les universaux comme des idées se retrouve **dans l’activité juridique** → elle **fabrique** mais ne **découvre pas** les valeurs / elle ne décrit pas une réalité mais impose un **idéal** qui doit avoir lieu.

Le nominalisme constitue l’ori**gine philosophique de l’individualisme, car elle n’accorde de réalité qu’aux seuls individus**. Il conduit aussi à l’élaboration de la théorie du contrat social

### §2- Une approche contractualiste de l’Etat

1. Le contexte moderne de la naissance de l’Etat

| Système féodal | L’affirmation de la souveraineté |
| --- | --- |
| **Le fait domine le droit** (confusion entre l’être et le devoir être) :   * Le droit public & l’intérêt général sont prisonniers du fait accompli car la puissance publique est personnalisée, disséminée et privatisée * Les coutumes consacrent la prédominance d’une classe de guerriers et de possédants non seulement en fait mais **également en droit** * Le droit est inféodé au pvr spirituel en raison de la tutelle impériale du saint empire   → les personnes sont traités comme des biens et le pvr est exercé comme un droit de propriété | 1ère étape : le roi se place au sommet de la hiérarchie féodale en usant de la force  2ème étape : le roi affirme sa souveraineté  La puissance n’est plus une propriété, mais devient un **office**, une **fonction publique.**  La souveraineté se détache du droit privé et des principes de la domanialité : l’activité régalienne du monarque se déploie aussi dans le domaine de son vassal, celui du vassal de son vassal,…  La souveraineté se réduit **exclusivement** aux activités d’ordre régalien et abandonne définitivement la domanialité par un processus d’institutionnalisation du pvr → le politique n’est plus enfermé dans la logique économique féodale  → le puissance publique n’est plus privatisée et divisée, mais **institutionnalisée** et **unitaire**  → le droit de l’Etat va s’autonomiser & la démarcation entre sphère publique et sphère privée va apparaitre  La puissance publique va s’anonymiser |
| Déterminisme économique et existence d’hiérarchies sociales naturelles (être) | L’institutionnalisation du pvr (= séparat° du pvr et du domaine + anonymisation du pvr) permet l’émancipation moderne du droit et du politique (le devoir être) |

En affirmant sa souveraineté par une politique interventionniste, le monarque prouve que **le droit est une activité de la raison pratique issue de la volonté** (il s’agit des **germes du rationalisme constructiviste** = l’attitude politique – définie et dénoncée par des libéraux – qui proclame que les choix publics doivent être guidés par la volonté de construire un certain type de société).

Ainsi, à la faveur de l’affranchissement du pouvoir par rapport aux tutelles religieuses et impériales s’ébauche le concept d’une **autonomie du droit** par rapport à la nature.

L’Etat se caractérise par la concentration de la puissance publique entre les mains d’organes spécifiques et centraux qui dénote une forme non négligeable de **volontarisme** (croyance que **la volonté humaine est capable d'imposer le changement**) et **d’artificialisme** (démarche qui attribue l'existence des éléments et autres phénomènes naturels à l'action d'un être humain ou d'un être imaginaire qui agit comme un humains).

1. Les théories du contrat social

fondements philosophiques :

* artificialisme
* volontarisme
* mécanicisme

Le contractualisme politique se place au cœur de la logique du jusnaturalisme moderne.

La fiction du contrat social : la sociabilité politique ne serait plus **naturelle**, mais elle découlerait **du consentement des sujets à s’inféoder au souverain** → le droit est conçu comme un instrument qui permet à la volonté des hommes de prendre en main leur destin / de se dresser c/ la nature des choses ( ce n’est plus le déterminisme d’une nature aveugle) → il s’agit de substituer une représentation nouvelle et **subjectiviste** du droit à la vision objectiviste ancienne

| Finalisme des anciens | Mécanicisme des modernes |
| --- | --- |
| L’univers est une totalité programmée et animée par des causes finales  Les causes finales relient les éléments de la nature selon une intention destinée à l’accomplissement d’une fin : chaque élément du *cosmos* aurait une vocation particulière qui lui serait assignée par le grand tout. | L’univers est infini   * Il n’est pas cerné par une origine et une fin * Il ne répond à aucune finalité ni aucun dessein   → l’univers est dé – finalisé et mû par des causes efficientes obéissants aux seules lois de la mécanique.  Chaque élément n’est que la conséquence d’une cause qui est elle-même la conséquence d’une autre cause et ce, au sein d’une chaine sans début ni fin. La nature n’est appréhendée que par des **lois mécaniques** et seule la façon dont elle fonctionne ( le but vers lequel elles tendent) intéresse le savant.  Cette philosophie a abouti à la théorie de l'animal-machine de **René Descartes**, qui soutient qu'il faut considérer les êtres vivants comme des machines pour les expliquer scientifiquement. La philosophie mécaniste rejette toute idée de Dieu et d'intervention divine dans le fonctionnement de la nature. Il propose une idée du monde radicalement neuve et en rupture avec les représentations de la nature qui le précèdent. Il établit une nouvelle rationalité et fonde une nouvelle appréhension des phénomènes, à l'origine de la science moderne. |

La place que les sciences laisseront vacantes dans le domaine des valeurs sera alors bientôt comblée par une **philosophie rationaliste et abstraite** qui forgera, à l’instar des théories du contrat social, des **constructions *a priori*** et hors de toute expérience pour rendre intelligibles le devoir être et le droit que la vision mécaniciste moderne désolidarise de l’être.

→ la science est livrée à elle-même et contrainte de bâtir ses propres outils de connaissance

| **L’idéalisme**  Doute méthodique de Descartes : il n’accorde plus confiance dans les sens et dans les vertus de l’expérience car la vérité n’est pas accessible aux sens et elle ne peut surgir que du sujet pensant dans un dialogue avec lui – même. |
| --- |

le recours aux postulats métaphysiques se substitue à la méthode empiriste des anciens.

Pour Hobbes : l’Etat n’est qu’une machine qu’il convient de concevoir selon une technique qu’il emprunte à Galilée.

L’homme n’est plus regardé comme un animal social : seul sa volonté et son calcul sont au fondement du lien social car sa sociabilité n’est pas naturelle. Les individus sont égoïstes et en proie à des appétits féroces (« l’homme est un loup pour l’homme »). Par un acte raisonnable de volonté, ils vont aliéner toute leurs libertés naturelles et subjectives au profit d’un souverain dépositaire d’une puissance illimitée.

critiques du contractualisme :

* la philosophie contractualiste repose sur la conviction qu’il n’existe pas de valeurs vraies et objectives => tout effort de discussion est vain et seul le souverain investi par le contrat social pourra prescrire des valeurs (valeurs qui ne seront ni vrai, ni fausse, mais qui devront être tenues pour valide).
* les théories du contrat sociale seraient des théories construites dans l’intérêt économique de la bourgeoisie (critique marxiste)
* une société politique dont le régime relève du D public et qui fonctionne selon le principe d’hétéronomie ne peut pas être structuré sous l’égide du contrat qui relève du droit privé et du principe d’autonomie (critique d’Hegel)

la théorie du contrat social est **mécaniste** organiciste => Hobbes n’est pas le précurseur du IIIème reich

| organicisme | Mécanicisme |
| --- | --- |
| L’organicisme est une doctrine **anti – individualiste** en vertu de laquelle les sujets d’une collectivité ne sont que les maillons d’un tissu organique dont ils procèdent naturellement | Les individus sont le fondement de la société qui est artificielle et découle de leur engagement volontaire. |
| Il s’agit d’une doctrine **naturaliste** qui ignore l’individu | Il s’agit d’une doctrine **conventionnaliste** qui n’envisage l’Etat qu’à la lumière de l’individu.   * l’Etat, aussi totalitaire soit il, n’est qu’un moyen au service de l’individu considéré comme la fin ultime visée par le contrat social |

| Droit naturel des anciens | Jusnaturalisme moderne |
| --- | --- |
| Il existe un ordre naturel harmonieux et objectif qui régule les rapports entre les hommes et les choses | Il n’existe qu’un état de nature, a – normatif et dénué de significations, qui n’est constitué que par une **juxtaposition d’individualités** isolées les unes des autres et dotées d’une telle liberté que nul ne détient le monopole de la définition de ce qui est objectivement juste et que les opinions individuelles de chacun sont libres et égales.   * il existe des **droits naturels** **subjectifs** dont l’absolutisme permettra à chaque bénéficiaire d’en livrer sa propre et relative définition et non un droit naturel objectif * le droit naturel n’est plus qu’un attribut privé de la personne * le droit naturel exprime un **pvr subjectif absolu** que chaque homme peut exercer sur son entourage afin de préserver son existence |

* ce que le droit naturel des anciens était sensé générer spontanément (le juste et l’injuste) doit être construit par la voie artificielle du pacte social pour devenir légal ou illégal

la vérité axiologique est livrée à **l’intime conviction de chacun** => il est légitime que s’impose l’autorité de l’Etat par une force de vérité légale

* l’exaltation de la liberté individuelle au détriment de la collectivité conduit à l’étatisme
* aucune vérité ontologique ne peut fonder le droit positif qui ne doit sa validité qu’à la compétence et au titre de l’autorité dont il émane

Hobbes : « c’est l’autorité et non la vérité qui fait loi »

Pour Montesquieu au contraire : « la vérité fait loi » & les valeurs ne sont pas arbitrairement dessinées, mais qu’elle provient des données que procure l’observation de la nature

| Le droit naturel | La loi naturelle |
| --- | --- |
| Il est le résultat **d’un *a priori* métaphysique** par lequel Hobbes postule l’existence, chez l’homme   * d’une **liberté** * et d’un pvr absolu sur ses semblables et sur les choses qui l’entourent   Tenu pour naturel, il est en réalité un **décret de la volonté**, car la nature n’a offert à l’homme aucun droit ; seul une volonté législatrice peut conférer des droits. L’homme dispose d’une **capacité d’autodétermination** qu’on appelle liberté & qu’on oppose au déterminisme. Elle traduit l’existence de la volonté humaine. Cette liberté fait de l’homme un être imprévisible en termes causaliste, hors de sa dimension purement biologique. L’homme a donc une aptitude naturelle à s’extraire du déterminisme naturel dans lequel est enfermé l’animal. C’est probablement en raison de ce paradoxe que la philosophie juridique réputé « naturel » un droit par définition relève de la culture. | La loi naturelle, découverte par la raison, est **authentiquement naturelle :** il s’agit d’une contrainte naturelle aux termes de la quelle l’exercice illimité, par l’individu, de son droit de nature ne peut que nuire à sa propre liberté et lui coûter la vie.   * l’usage sans borne du droit de nature entraine paradoxalement l’anéantissement de ce même droit de nature   (le droit naturel est un droit subjectif tellement illimité et absolu que son exercice génère un chaos auquel seul un Etat fort peut faire face)   * l’homme doit renoncer, afin de le sauvegarder, à son propre droit de nature en le mettant à la disposition du souverain   le droit naturel sera alors ce que la loi dit qu’il sera   * la loi naturelle n’est pas une loi juridique et prescriptive découlant d’une volonté dont la muette et aveugle nature est dépourvue, mais **elle est une contrainte / une proposition scientifique assertive et descriptive dont la raison a su trouver le contenu** * la loi naturelle est incapable de définir les valeurs, une telle détermination ne peut provenir que d’un choix libre & volontaire représenté par le contrat social |

# Section 2 : une normativité volontarisme – le culte de la loi

### §1- le glissement du droit naturel moderne vers le positivisme juridique

| Droit naturel ancien | Jusnaturalisme (le droit rationnel) |
| --- | --- |
| Il existe un étalon axiologique à l’aune duquel il est possible de juger le réel : la nature & la réalité des choses. | Il existe un étalon axiologique à l’aune duquel il est possible de juger le réel : **la raison** *i.e* l’**individu** (la culture et non plus de la nature humaine) |
| Le droit est contingent à la nature des choses ; or la nature est riche, contingente & variée → le droit naturel est diversifiée, consistant & changeant : il s’adapte avec une souplesse remarquable à la mouvance et de la hiérarchie des êtres | Le droit naturel moderne ne dépend plus de la nature des choses → il perd en consistance & il est à la fois **désincarné**, **abstrait,** **universel** & **intemporel** |
| Le droit naturel est un donné | Le droit naturel est donc **abstrait**, **idéalisé** et **décrété** → il relève du **construit** |
| Le droit naturel est relatif selon les régions, les peuples & les époques  Csq :  - l’idée d’un droit international est inconcevable  - le relativisme juridique profite aux roups/communautés à l’individu qui est plongé dans l’hétéronomie et absorbé dans la communauté | Il existe un droit naturel universel propre à tous les hommes  Csq :  - un **droit international** est envisageable.  - relativisme éthique/individuel : les communautés s’effacent au profit de l’individu est détaché de sa communauté & donc autonome et noyé dans un universel abstrait |

Emmanuel **Kant** & le droit naturel moderne : selon Kant, il 3 objects métaphysiques principaux :

* l’existence de Dieu
* l’immortalité de l’âme
* & la question du libre arbitre

Kant s’intéresse aux conditions de la possibilité de la connaissance. Dans *Critque de la raison* pure, Kant établit que la raison ne peut pas parvenir par ses seuls moyens (la raison pure) à la connaissance scientifique car le savoir suppose à la fois **une perception d’un objet** & le **concept qui correspond à cet objet**.

| Limites de notre raison (les limites sont immuables) | Les bornes de notre savoir (les bornes sont mobiles) |
| --- | --- |
| Notre raison est limité car la constitution de notre esprit ne nous permet pas d’avoir du savoir sur ce qui échappe à notre perception  → la métaphysique ne peut être une science | Les progrès de la science font reculer les bordes de l’ignorance |

La raison a donc deux fonctions radicalement opposées :

| Raison pratique | Raison théorique |
| --- | --- |
| Elle porte sur ce qui n’est pas connaissable (le noumène) | Elle porte sur ce qui est expérimentalement saisissable |
| Cette raison est mobilisée pour accéder par l’action et la volonté ( connaitre) à ce qui ne relève pas du domaine de la connaissance mais de la sphère de la volonté | La fonction de cette raison est de connaitre, en dégageant des lois scientifiques, le monde phénoménal et empiriquement saisissable |
| Cette raison s’adresse au sujet transcendantal / universel qui est capable de découvrir ce qui arrache l’homme à l’hétéronomie dans laquelle la nature le plonge | Cette raison s’adresse au sujet empirique (concret), plongé dans l’hétéronomie et déterminé par ses désirs & intérêts |
| Il s’agit du domaine du devoir être dont ressort la liberté : la loi morale est une loi de la liberté / un choix qui transcende les lois de la nature | Il s’agit du **domaine de l’être** = des inclinaisons naturelles qui déterminent l’homme |

→ la métaphysique (raison pratique) à un rôle **d’ordre moral** qui n’évolue plus sur le terrain de la connaissance → c’est une discipline exclusivement produite par la raison mais étrangère à l’entendement







Conséquences :

| L’anthropologie | La métaphysique des mœurs |
| --- | --- |
| Elle révèle, par l’expérience, que l’inclination de chacun à satisfaire ses intérêts égoïstes en croyant être libre relève de la nécessité et plonge l’homme dans l’hétéronomie. | Elle forge *a priori*, indépendamment de toute expérience et de toute chaine causale, la loi qui permet de penser la liberté : « agis toujours de telle sorte que la maxime de ton action puisse être érigée en règle universelle ».  En effet, la liberté n’est pas essence pas conditionnée et tout ce qui est causé relève du monde empirique auquel s’intéresse la raison théorie. |
| **L’impératif hypothétique** est le moyen par lequel j’agis en vue d’atteindre, eu égard à mes intérêts et mes désirs, un certain but. | **L’impératif catégorique** n’obéit pas à la recherche d’un intérêt particulier ou égoïste, lequel plonge l’homme dans l’hétéronomie, d’où son **caractère absolu**.  → cet impératif élève l’homme au rang d’être autonome car elle le déleste de la poursuite d’un intérêt circonstancie  l’impératif catégorique ne tient sa rationalité que s’il peut devenir, sans contradiction, une **règle universelle** (un monde où chacun volerait serait un monde où la propriété n’aurait plus de sens) → je doit agir d’une manière telle qu’en universalisant mon action, le monde reste possible |
| Il n’y a aucun mérité à obéir à un impératif hypothétique car il s’agit simplement d’agir selon une **cause extérieure qui me détermine** | Obéir à un impératif catégorique relève d’un **choix moral** car je n’agis pas sous l’effet d’aucune contrainte : il est un devoir pur dont la source est le sujet lui-même.  → agir moralement est un acte libre |

Kant est conscient que nul ne peut s’extraire de ses penchants empiriques : l’objet de sa philosophie être un être abstrait et idéal (l’être raisonnable) alors que l’homme est dans la nature un être médiocre d’une valeur vulgaire, mais son entendement lui permet de s’élever et de se fixer ses propres fins.

L’utilité de la raison pratique est d’établir des **idéaux régulateurs** afin non de connaitre mais de **construire** le monde (la philosophie du *comme si* de Vaihinger) et notamment l’objet droit. La fiction kantienne de l’impératif catégorique consiste à faire comme si l’homme était libre tout en sachant qu’il ne l’est point, pour penser sa sociabilité ; or **la liberté** comme idéal régulateur forgé par la raison pure pratique est au fondement du **rationalisme juridique** car le droit a besoin de la fiction du libre arbitre pour pvr rendre l’homme responsable de ses actes & donc rendre toute société viable.

* La métaphysique devient donc une activité de la raison qui ne permet pas de connaitre le monde mais plutôt de le construire

Le droit naturel moderne repose entièrement sur un tel rationalisme : il est défini *a priori* de façon **universelle** et **abstraite**.

**Critique**: le droit naturel moderne conduit à la **réification** d’un nouvel universel : l’Homme donc à l’élaboration d’une nouvelle métaphysique : les droits de l’hommes.

Ce nouvel universel traduit le triomphe de **l’individualisme**.

| Relativisme communautaire du droit naturel ancien | Rationalisme abstrait | Relativisme culturel contemporain |
| --- | --- | --- |
| Affirme le **primat du groupe sur l’individu** & que le droit naturel est **relatif** selon les régions, les peuples & les époques | Il existe un droit naturel universel propre à tous les hommes → les communautés s’effacent au profit de l’individu qui est détaché de sa communauté | Volonté de résister à l’hégémonie de l’uniformité qui avance sur la bannière masquée de l’humanisme pour faire valoir le **primat du groupe sur les individus**. |
| Csq :  - l’idée d’un droit international est inconcevable  - le relativisme juridique profite aux groupes/communautés à l’individu qui est plongé dans l’hétéronomie et **absorbé dans la communauté** | Csq :  - le **relativisme éthique** → l’individu libéré de ses vieilles tutelles communautR est livré à lui-même et l’**autonomie** dont il dispose l’autorité à **définir sa propre morale** & à conduire son existence selon **sa propre échelle de valeurs**  - l’individu est autonome et noyé dans un universel abstrait | Il y a ajd un processus de subjectivisation des appartenances communautaires : les identités culturelles sont explicitement assumées par l’individu. |

* Le volontarisme du droit naturel moderne

Le rationalisme abstrait conduit au **relativisme éthique**. Or, selon **Max Weber**, la raison ne pouvant arbitrer les conflits entre valeurs (qui reventent les allures d’une « guerre des dieux »), c’est au **législateur de le faire**. La conséquence est donc identique à celle du contractualisme hobbesien.

* L’universalisme du droit naturel moderne libère les consciences individuelles de leurs vieilles livrées pour les plonger dans un relativisme et un vide axiologique que seule la loi peut artificiellement conjurer

La DDHC qui renvoie systématiquement à la loi le soin de mettre en œuvre les droits subjectifs qu’elle répute universels & naturels témoigne du succès du discours subjectives et hobbesien selon lequel la vérité est inaccessible à l’expérience sensible.

En tps qu’ils renvoient, dans l’élan rationaliste des lumières, à une égalité abstraite entre les individus, les droits de l’homme sont des noumènes, des choses en soi auxquelles il est impossible d’accéder expérimentalement et qui sont dès lors **susceptibles d’interprétions diverses**.

Le relai législatif, expression de la volonté générale, s’affichait comme la solution idéale pour les définir (& non la jurisprudence) : le législateur souverain devait leur donner une définition qui n’était ni vrai ni fausse, mais qui serait réputée valide.

| Libertés publiques | Droits fondamentaux |
| --- | --- |
| Transformation des droits naturels en droits positifs (extraction des D de la nature pour les fondre dans les lois de la cité) | Processus inverse de « renaturalisation » des doits subjectifs sur fond de réhabilitation de la figure du juge |

La DDHC incarne le paradoxe entre universalisme & légicentrisme = le paradoxe entre l’affirmation d’une supériorité des droits subjectifs de l’homme sur l’Etat & la souveraineté absolue de la loi positif :

* Elle répute, sur le ton déclaratif, des droits naturels comme antérieurs à la constitution de toute association politique
* & elle investi en même tps le législateur le soi d’organiser les garanties et les limites de leur exercice
* Les libertés publique sont les **droits des français** & la loi qui les sanctuarise est l’expression d’une volonté générale particulière

Néanmoins, le légicentrisme correspond mieux à la logique abstraite de l’universalisme qu’à la logique concrète du droit coutumier secrété par la tradition.

### §2- la dérive métaphysique du positivisme légaliste

* La réduction du droit à la loi positive

**L'exégèse** est une méthode d'interprétation de la loi dont le principe est de rechercher ce qu'a voulu dire l'auteur, à partir de celui-ci, à l'aide des **analyses lexicale, grammaticale, logique** du texte (« le texte avant tout »). Au XIXème siècle, l’école de l’exégèse exclut l’étude du droit naturel ne prend en compte que la loi positive dans un climat de confiance absolue accordée au législateur.

En effet, en consacrant les principes de **propriété privée**, **autonomie de la volonté** et **responsabilité civile**, le Code civil traduit dans le droit positif les principes du droit naturel moderne et les acquis de l’individualisme juridique révolutionnaire ; empêchant ainsi libre interprétation de ces droits naturels abstrait par la subjectivité de chacun et en particulier des juges.

Le C. civil sert la triomphe du libéralisme économique car les lois concises, générales & impersonnelles sont celles d’un **Etat gendarme** qui ne contrarie pas l’ordre du marché. Ce code sera **réputé clair** et il est censé pouvoir à tous les besoins de la société

* La doctrine moderne du droit naturel conduit à l’élimination même du droit naturel au profit d’une doctrine qui est portée **exclusivement sur le droit positif**

| **L’essor du positivisme allemand**  En réaction au rationalisme des lumières et aux prétentions universalistes du droit naturel moderne relayées par le C. civil fr, l**’Ecole du droit historique** de **Savigny** affirmait l’enracinement du droit dans l’**esprit**et la **culture** particulière d’un peuple. Immanent à une communauté donnée, le droit était considéré par cette selon une **approche objectiviste**.  La science juridique allemande entamera néanmoins un tournant radicalement positiviste dans la seconde moitié du **XIXème siècle** sous l’influence des **pandectistes** (*Windscheid*) selon lesquels il existe un savoir universel sur le droit, soustrait à toute historicité et dont l’objet est constitué de catégories formelles, essentielles et durables → le droit ne serait qu’un ensemble de concepts dont la forme permanente depuis les catégories du droit romain survit tjr à la succession des contenus normatifs en raison des contingences de l’histoire.  De cette approche anhistorique, il découlera une science du droit public d’inspiration germanique libérée de toutes déterminations sociologiques et éthiques et dont des juristes dont Raymond Carré de Malberg et Hans Kelsen seront les héritiers. |
| --- |

Derrière le positivisme de certains juristes du XIXème se cache néanmoins une entreprise idéologique et dogmatique de **mystification** de la loi qui postule l’**identité de la loi et du droit**, la lettre de la loi, issue d’un législateur rationnel et transparent, étant réputée parfaite et apte à pourvoir à tous les besoins de la société.

Cette démarche conduit à nier le caractère volitionnel, irrationnel et subjectif du droit en positif en le présentant, à l’image du droit naturel, comme **un droit vrai qui serait l’expression de la raison pure**.

Or, comme le rappelle Kelsen, s’il y a bien une **autonomie formelle du droit** qui peut être défini universellement comme un ensemble de prescriptions assorties de sanctions objectivement reconnue par une communauté humaine donnée, le **droit substantiel** est impur car le contenu des énoncés dont il est constitué est un programme qui traduit des valeurs.

Ce processus de réduction du droit à la loi se rattache sous la révolution française au relativisme de Hobbes qui considérait que « **ce n’est pas la vérité, mais l’autorité qui fait la loi** ». Cette loi n’était néanmoins, pour Hobbes, ni vrai ni fausse, mais simplement **réputée valide par convention**. Or, avec la dérive essentialiste du XIXème, le droit substantiel, marqué par l’idéologie libérale, va être **sanctuarisé** et considéré comme vrai par tout un ensemble de dispositifs institutionnels tendant à le protéger contre les juges.

* La rhétorique légaliste va redéployer les arguments jusnaturalistes consistant à défendre sous la bannière de l’universel une certaine vision du monde

A ce titre, la figure du juge bouche de la loi n’est pas un principe descriptif mais un **principe normatif**/ une prescription idéologique. Cette méfiance envers le juge est fondée sur la conviction (liée à la subjectiviste et sceptique) selon laquelle toute décision normative est l’**expression d’une émotion** irrationnelle non susceptible d’évaluation en termes de vérité ou de fausseté. Le juge étant un être humain en proie à ses passions et à ses préjugés, il n’échappe pas à la règle.

| **Thèse objectiviste** anglo – saxonne  Sir Edward Coke (théoricien du *common law*) & Ronald Dowrkin réputent le juge **doté d’une raison artificielle** lui permettant d’atteindre la vérité et la réponse juste à l’occasion de chaque espèce.  L’objectivisme anglo saxon est proche des conceptions de la justice héritées du droit romain et du réalise aristotélicien car elles ont toutes deux un **intérêt commun pour l’équité** qui permettrait au juge de contourner la lettre de la loi pour atteindre la seule réponse juste sans que la décision soit entachée d’arbitraire. L’équité permet de corriger l’application de la loi en évitant une application froide du syllogisme juridique pour atteindre un objectif, la justice, que seule lui permet d’honorer son intelligence particulière.  **Arioste** estime que l’office du juge n’est pas seulement d’appliquer la loi car celle-ci n’est qu’une source de droit parmi d’autres pour « découvrir » le juste qui varie avec la structure et la dimension du cas qui lui est fourni → le droit est inséparable de l’expérience du procès et il n’est dit qu’à l’occasion d’un litige. Aristote considère alors que l’équité est la **norme ultime** et qu’elle a vocation à suppléer les insuffisances de la loi : le juge est sensé occuper fictivement et anachroniquement le législateur/le souverain afin de déterminer « ce qu’il aurait porté la loi s’il avait connu le cas en question ». Selon Ronald Dworkin, le juge peut être assimilé, par son aptitude à combler les lacunes de la loi, à Hercule. De même, pour Montesquieu, le juge aurait une raison artificielle dont serait dépourvu le commun des mortels et qui lui permettrait d’accéder objectivement à la vérité judiciaire.   * Cette doctrine **magnifie et angélise** le rôle du juge à qui une confiance est accordée pour occuper la fonction du législateur |
| --- |

Mais curieusement, alors que le scepticisme révolutionnaire s’abat sur le juge, le législateur qui n’était sensé gouvernent qu’en vertu d’une convention va jouir grâce d’un halo sacré en raison de l’onction électorale : la règle posée par le législateur est considérée comme **vraie** (et non simplement valide). Cette vision correspond au dogmatisme de **Rousseau** selon lequel le législateur en saurait errer : le législateur est capable d’échapper à l’irrationalité de la connaissance et de découvrir la vérité et l’intérêt général en interprétant la volonté du peuple.

AU début du **XIIème siècle**, la sociologie qui appréhende l’homme dans sa dimension sociale, va entamer un tournant majeur dont l’ontologie juridique en remettant en question la légitimité des gouvernants à imposer leur volonté par le droit.

# Chapitre 2 : la post modernité juridique et le déclin de la volonté

Le subjectivisme légaliste est une option philosophique à caractère éminemment métaphysique car il ne peut répondre à la **question de la légitimité** du droit sans faire appel à des éléments que l’expérience & l’observation scientifique réprouvent car l’autorité tient alors de critère ultime de la validité juridique & derrière le critère de l’autorité se profil aussi celui de **la force** et du **fait accompli**.

Cette doctrine va être contestée par le positivisme sociologique et le positivisme normativiste.

## Section 1 : une réaction ontologique – la contre révolution objectiviste

1. Raymond Carré de Malberg : une conception subjectiviste de la dualité du droit et de l’Etat

| **L’origine de la notion d’Etat de droit**  Pour certains, les monarchomaques (XVIème siècle) seraient à l’origine de l’idée d’Etat de droit, étant donné qu’ils opposent un **droit de résistance au tyran** au pouvoir politique.  Le mot Etat de droit a néanmoins été inventé par des juristes allemands du XIXème siècle et Carré de Malberg introduit la notion en France en 1920 dans son ouvrage *Contribution à la théorie générale de l’Etat*. |
| --- |

Selon Carré de Malberg l’**Etat existe en temps que tel**. Il a été fondé par la volonté des hommes d’imposer une sujet juridique supérieurs aux individus, mais il nie tout contrat social (insaisissable expérimentalement, c’est un faux postulat): la création de l’Etat est un pur fait insusceptible de qualification juridique → thèse de l’antériorité du fait étatique par rapport au droit.

Selon lui, en l’absence de contrôle des lois votées par le législateur, la France n’est pas un **Etat de droit** mais il est **Etat légal** car le contrôle du juge n’est institué que pour veiller au respect de la loi. Carré de Malberg appelle à l’institution d’un contrôle de constitutionnalité des lois.

Il subordonne l’Etat de droit à la volonté du souverain, détenteur du pouvoir constituant, de s’inféoder au droit → théorie de l’**autolimitation**: « l’Etat ne peut se trouver obligé, lié ou limité qu’en vertu de sa propre volonté », à défaut de quoi il ne serait plus souverain. La souveraineté serait alors la capacité de l’Etat à de se donner une constitution qui est la consécration d’une organisation garante de stabilité et d’harmonie → en produisant du droit, l’Etat n’est pas la force mais il est facteur de limitation de la force.

1. Léon Duguit : l’Etat comme un pur fait

Il chercher à déterminer scientifiquement l’hétéro limitation du pouvoir étatique.

Pour lui, le droit est **spontanément issu du fait social** et il n’est pas crée par les gouvernants.

Il reproche à la modernité l’attachement au mythe de la volonté et aux notions illusoires de droit subjectif

Inspiré de la méthode sociologique et expérimentale d’Auguste Comte et d’Emile Durkheim, Duguit refuse de prendre en comptes les idées *a priori* posées avant toute expérience, dont la notion de droit **naturels** subjectifs qui relève de la métaphysique ; il ne souhaite s’en tenir qu’à l’observation des faits sociaux.

Pour lui, la prétention que l’homme serait doté de droits naturels subjectifs n’est rien d’autre qu’un mode de raisonnement qui consiste à confier à une entité naturelle une propriété que l’observation sensorielle ne permet d’entrevoir. En réalité, il n’y a de droits subjectifs que reconnus comme tels par un ordre juridique. Reconnaitre des droits naturels à l’homme, ça revient à concevoir l’homme comme **une substance**. L’idéologie des droits de l’homme repose en effet sur un développement sécularisé de la notion théologique d’âme qui consiste à conférer à l’être une identité (une ontologie) distincte de l’agrégat de cellules qui le constitue → à l’enchantement de la nature glorifié par les anciens succède celui de l’Homme célébré par une pensée juridique moderne. Duguit et la sociologie critiquent le postulat moderne selon laquelle l’homme est doté d’un statut ontologiquement différent de celui que possèdent le monde et les autres êtres qui l’entourent et qui lui permet de **s’arracher à son propre déterminisme naturel**. Cette conception se retrouve notamment chez **Descartes** qui affirme la souveraineté du sujet et de sa volonté. Elle se retrouve également chez **Sartres** qui niait l’idée de nature humaine : l’homme serait libre de se construire lui-même tandis que l’animal serait enfermé dans son instinct dès sa venue au monde.

Pour la sociologie, au contraire, l’homme est situé et enserré dans un tissu d’inégalités qui n’ont rien d’abstrait : l’homme nait membre d’une collectivité et il a toujours vécu en société → l’homme naturel n’est pas un être isolé et libre, mais c’est l’**individu pris dans les liens de la solidarité sociale**.

**Duguit** ne décèle dans la nature aucune hiérarchie entre les volontés : la volonté subjectif d’un gouvernant n’est qu’un **phénomène social** auquel nul ne saurait, sans recourir à la métaphysique des droits naturels subjectifs, conférer une quelconque valeur normative → la volonté d’un gouvernant n’est pas ontologiquement supérieure à celle d’un gouverné & elle reste un **phénomène de force** ni légitime et ni illégitime en soit, mais elle n’est pas le droit → aucune volonté ne peut s’imposer à une autre, pas même la volonté générale. Pour **Duguit**, l’Etat n’est qu’un **pur rapport de force** / un phénomène sociologique de différenciation entre le faible et le fort. Il reproche à la métaphysique de la souveraineté d’avoir transformer le *fait* de commander en *droit* de commander.

La règle de droit se trouve, selon Duguit, **dans le droit objectif qui nait du fait social** : ce droit qui émane des liens de solidarité entre les êtres humains s’impose à la fois à la volonté des gouvernés et des gouvernants. Il en résulte qu’exprimant uniquement la volonté subjective du législateur, une loi ordinaire ne crée jamais le droit et doit s’effacer en cas de contrariété à la règle de droit objectif.

Ce droit issu du fait social serait une **création spontanée et connaissable par l’expérience** : elle se formerait lorsqu’apparait dans la masse des consciences individuelles d’un groupe donné l’image que la violation d’une norme de conduite morale ou économique entraine un **déséquilibre** et **mérite une réaction socialement organisée**. Duguit imagine un droit qui n’est pas formellement posé mais qui n’en demeure pas moins du droit positif car **la coutume et la jurisprudence transcrit en droit positif le droit issu du fait social** → l’Etat ne crée pas le droit, mais il ne fait que l’enregistrer et le mettre en forme → il nie le rôle de la volonté dans la formation du droit car les gouvernants n’ont aucun titre de légitimité ni aucun droit subjectif à imposer leur volonté aux gouvernants.

Critiques : cette théorie ne répond pas à la question de la détermination de l’autorité qualifiée pour évaluer la conformité du droit posé par le législateur au droit idéal et supérieur. Cette théorie conduit, en pratique, à soumettre l’Etat à la volonté humaine et subjective du juge. Pour sortir de l’impasse, Duguit affirme que les lois écrites correspondent en grande partie avec le droit issu du fait social → renvoie au constat que toute école qui défend l’idée d’hétérolimitation de l’Etat fini par mettre le droit supérieur au service de la légitimation de l’ordre en vigueur.

1. **Le normativisme Kelsenien**

Pour Kelsen, le droit règle lui-même sa propre création et l’on ne serait en aucun cas dériver une norme d’un fait. Ainsi, la science ne peut, au nom d’un quelconque idéal de pureté axiologique, se prononcer et établir une hiérarchie quant à la qualité morale des valeurs dont toutes ont une égale vocation à être promue par la **raison pratique**.

Cependant, si le contenu de la norme est impur dans la mesure où il exprime un système de valeur particulier, **sa structure formelle est pure** et elle est **entièrement autonome par rapport aux faits** auxquels elle confère une signification normative et imprime une valeur objective (la seule distinction entre l’acte du percepteur d’impôt et du brigand est la valeur que la loi imprime à cet acte).En effet, en raison de son abstraction, de sa dimension universelle et de son mode de fonctionnement, la structure de la norme demeure indépendante du programme idéologique que le contenu reflète : elle sera toujours dotée de cette invariable structure qui consiste à **relier une conséquence à un fait générateur** / à énoncer ce qui doit être (la possibilité du décalage entre l’être et le devoir être constitue d’ailleurs l’intérêt majeur des lois). Ce devoir être n’est qu’une **entité idéelle** → le monde juridique est pour lui un pur monde de pensée. L’autonomie du droit découle de cette **universalité formelle**.

Hans Kelsen reprend la loi de Hume : il considère qu’il est impossible de dériver une valeur à partir d’un fait car un fait n’est pas en lui-même de nature juridique. La volonté, qui n’est autre qu’un simple fait, ne saurait dès lors être la source exclusive du droit, car tous les actes de volonté ne produisent pas des normes. Une volonté ne produit en effet une norme qu’à la condition qu’une **norme supérieure** habilité cette volonté à produire une norme. Ainsi, obéir à la loi ne revient pas à obéir au parlement, mais à obéir à une norme en vertu de laquelle « il faut obéir au parlement ». De même, obéir aux clauses d’un contrat ne revient pas à obéir aux deux volontés échangées lors de la conclusion de ce contrat, mais à l’art. 1134 du C. civil qui fait de cet échange de volontés la condition pour qu’une norme lie les parties. Ainsi, le fondement de l’obligation juridique repose sur un **référent objectif** qui vaut aussi bien pour le gouvernant que le gouverné car l’auteur de la norme ne maîtrise pas d’avantage la source de son pouvoir que le destinataire ne maitrise celle de son obligation. Il en résulte une hiérarchie des normes, chaque norme n’étant objectivement obligatoire que **relativement** à l’existence d’une autre norme. Au sommet de laquelle se trouve une norme de compétence imaginaire, la ***gundnorm***, aux termes de laquelle « on doit obéir à la constitution ».

| La loi de **Hume**  Il est logiquement impossible d’inférer un devoir être (= une norme) à partir d’un être (= un fait). |
| --- |

Hans Kelsen postule l’**identité de l’Etat et du Droit**: l’Etat n’est rien d’autre qu’un ordre juridique centralisé. Pour lui l’Etat de droit n’existe, dès lors, pas comme forme spécifique d’Etat, mais il constitue une culture qui prescrit un idéal où les lois sont générales et impersonnelles, les membres du gvt sont responsables de leurs actes, les tribunaux indépendants et les libertés des citoyens garanties. Le positivisme normativiste fait entrer définitivement la pensée juridique dans l’ère contemporaine de l’autonomisation du droit.

Le droit naturel moderne et le positivisme légaliste faisaient tout deux appels à la ***rationalité* du législateur** pour justifier l’obéissance aux volontés des représentants de l’Etat.

## Section 2 : une normativité en mutation – le culte du **droit**

L’ontologie kelsénienne du droit a immanquablement posé les jalons du paradigme de la post modernité. Tandis que la modernité se caractérisait par la soumission de l’instrument juridique à l’empire de la volonté, elle n’a pas résisté à un mouvement dit post moderne d’**autonomisation du droit** qui conduit au déclin du modèle étatique de souveraineté ainsi qu’à la montée en puissance de la figure du juge.

### §1- la dévalorisation du modèle étatique de souveraineté

La construction du droit de l’UE oriente le paysage juridique vers la post modernité. En effet, il participe à la détérioration du modèle normait français connu pour son uniformité et sa centralité : l’UE est un système normatif où le droit, constitué sous la forme d’un réseau de plus en plus complexe, semble avoir trouvé **sa propre dynamique**: la superposition des deux ordres juridiques déstabilise la hiérarchie des normes interne et la multiplication des contrôles juridictionnels expose le système juridique aux conséquences du pouvoir normatif de la jurisprudence qui a un impact déstabilisateur en terme de clarté et de prévisibilité normative. L’UE et le juge, objectivement complices, agissent de concert pour redessiner la hiérarchie des normes.

Devant cette nouvelle configuration des ordres juridiques qui s’entrechoquent, il semble pour certain que le droit échappe au tissu rigide des normes pour acquérir un **autonomie** qui le fait échapper à la volonté du pouvoir souverain → le droit changerait d’ontologie et deviendrait, à l’instar de ce qu’il était chez les anciens, cette chose complexe qui ne se réduit pas à la signification normative d’énoncés prescriptifs. Pour d’autre, au contraire, cette situation conjoncturelle ne remet pas en cause la structure essentiellement hiérarchique du phénomène juridique : les frémissements qui se font sentir dans la structure juridique des Etats n’atteindrait pas dans son essence la structure normative et hiérarchisée de l’ordre juridique, mais il s’agirait d’une crise passagère liée aux question de compatibilité ou d’incompatibilité des ordres juridiques les uns avec les autres.

Quoi qu’il en soit, ce droit post moderne où le caractère pyramidal de la hiérarchie des normes est perturbé se traduit par une **baise de qualité de la loi** imputable à l’**inflation des règles législatives que les Etats ne parviennent pas à maitriser** à cause de la mondialisation et du droit de l’UE : les lois sont de plus en plus nombreuses et de moins en moins bien faites. L’inflation des lois **déprécie néanmoins l’idée même de loi**: « la quantité des règles de droit est un signe de faiblesse de l’Etat » (Ihering), d’autant plus que celle – ci n’a plus les qualités qui avaient contribué au prestige de la loi au XIXème siècle (clarté, précision, concision et simplicité). Les lois actuelles sont souvent de **nature technocratie et bureaucratique**: leurs vocabulaires se veut savant, mais il est souvent pédant (VTM au lieu d’automobile). En outre, les lois sont de plus en plus **déclaratives** au lieu d’être impératives et finalement, elles sont souvent **incomplètes**.

**Heidegger** critique la technique moderne. Pour lui, les instruments de la modernité auraient pris une telle *autonomie* que le sens de et leur usage serait **brouillés** **au détriment de l’*être*** que de tels outils étaient, à l’origine, censés protéger : la science instrumentale aurait atteint un seuil tellement élevé qu’il devinerait **impossible** d’en **saisir la finalité**. En effet, tant qu’elle était mobilisée, à l’époque des lumières, au service du bonheur et de la santé de l’homme, la raison ne transgressait pas les limites de la fonction que l’humanisme lui avait assignée : celle d‘**un moyen au service de l’intérêt général**. Mais maintenant que la raison s’emballe selon un processus sans fin, elle donne le sentiment que **le progrès n’a plus pour seule finalité que lui-même** de sorte que l’homme broyé dans ce monde de la technique se retrouve dépossédé de la maitrise du cours des choses. Rapporté à la chose juridique, cette dépossession du sujet s’illustre à travers l’autonomie et l’objectivisation du droit qui conduit au déclin de la souveraineté et à l’émoussement de la volonté des dirigeants. En effet, l’évolution droit européen **relègue la décision du politique dans l’ombre du règne des normes**.

L’autonomie du droit à un nom : la **juridicisation de la société** → derrière la figure contemporaine de l’Etat de droit se révèle un système **désincarné** à l’intérieur duquel la volonté politique et souveraine du sujet devient de plus en plus difficilement perceptible. En effet, les abandons de souveraineté consentis par les Etats au profit de l’UE ne sont pas composés à l’échelle communautaire par l’émergence d’un nouveau pouvoir souverain à la légitimité démocratique mais par une intégration de plus en plus contraignante opérée par des normes qui limitent la marge de manœuvre du gvt → le **gouvernement par des règles a remplacé le gouvernement par des choix**.

Cette dépossession du sujet comme acteur politique s’accompagne néanmoins paradoxalement de la **promotion du sujet comme individu** : celui-ci est encouragé à défendre égoïstement ses droits subjectifs dans une Europe dont le déficit démocratique offre au marché et aux juges l’occasion de s’imposer comme d’incunable régulateurs au détriment du citoyen → la démocratie des modernes aurait définitivement effacé celle des anciens selon un processus qui, tout en aménageant au profit du sujet un grand espace d’autonomie, l’a irrémédiablement privé du pouvoir d’influer sur le cours de son existence collective. Dans ce contexte de **promotion de l’individu** et de **désenchantement du politique comme du citoyen**, la politique se trouve reléguée dans l’ombre nouvelle du règne réputé objectif et rationnel de la norme. En effet, dès l’instant où toutes les gd démocraties européennes confient **au juge plutôt qu’au chef de l’Etat** la charge de régler les conflits d’interprétation de la Constitution, le droit parvient inéluctablement à se libérer de l’emprise du politique pour se loger dans celle du juge.

### §2- L’émergence croissante de la figure du juge

1. La théorie du décisionnisme judiciaire

Les **théories réalistes** **de l’interprétation** prêtent à l’interprète une souveraineté absolue dans l’opération de construction du sens d’un énoncé juridique : les juges prétendent officiellement se contenter d’appliquer des règles préexistantes, mais en réalité **ils créent eux même le droit** → la loi est ce que le juge dit qu’elle & l’interprétation est un **acte de volonté** qui exprime un choix politique ni vrai, ni faux, mais simplement valide. Le juge invoque des textes et des principes qui donnent l’illusion d’un raisonnement déductif qui fait appel à la connaissance, mais en réalité, le juge **masque sa volonté politique derrière des principes** au lien de s’appuyer sur ceux-ci →il exprime une volonté subjective et le syllogisme n’a pour utilité que de masquer cette volonté derrière l’apparence de la connaissance. En effet, la **polysémie des mots du droit**laisse un pouvoir important à l’interprète solitaire qu’est le juge pour déterminer leur sens. L’achèvement et le culte de l’Etat de droit qui est la manifestation majeure de l’autonomisation du droit revêt ainsi les formes d’une **soumission de l’Etat au juge**. Le décisionnisme judiciaire fait ainsi du juge le nouveau Léviathan qui impose sa vision subjective du droit par le biais de son autorité.

Cet affranchissement du juge à l’égard de toute obligation juridique serait néanmoins tempérée par la **soumission du juge à contraintes argumentatives** liées au système juridique. Ces contraintes font que le juge est enclin à adopter tel comportement. Une de ces contraintes consiste en le dilemme qui se pose à tout juge entre la **liberté d’interprétation** et la puissance

| objectif | s’il souhaite **préserver sa liberté d’interprétation**, il doit s’exprimer par des **énoncés de principes laconiques** et peu argumentés afin de se ménager un droit de revirer sa jurisprudence sans que ces revirements soient trop flagrants | S’il souhaite **imposer sa volonté**, le juge doit fournir un marqueur qui permettra aisément de reconnaitre et de démasquer les interprétations propres des autres juges |
| --- | --- | --- |
| Défaut : | Ces énoncés laconiques l’empêchent néanmoins **d’exercer une pression sur les autres** juges qui pourront loger leurs propres interprétations | Mais, un tel marqueur limite la liberté de revirement du juge car le référentiel qu’il utilise fera office d’étalon implacable à l’aune duquel on pourra juger ses revirements d eJP |

* Le pouvoir se paye en termes de marge de manœuvre et ne peut donc servir de tremplin à l’arbitraire : plus une cour souveraine aspire à l’influence, plus elle devra restreindre sa propre marge de manœuvre
* Michel Troper compare le juge à un joueur d’échec

La théorie réaliste de l’interprétation fait donc du processus de fabrication du droit une affaire de **langage** et réduit à néant l’identité ontologique des normes. C’est qu’en effet, la norme est un **outil** qui tend vers un but : orienter la conduite hommes / leur donner la mesure de leurs possibilités d’agir. Or, derrière la réalité matérielle d’un outil, il y a **toujours une réalité psychique** et donc une **intention humaine subjective** car l’outil a pour finalité de **servir à quelque chose**. Toute norme est donc forgée dans la perspective d’atteindre un but → la seule lecture de l’outil textuel (opération purement sensorielle) est inapte à nous faire accéder à la connaissance de la norme juridique dont il n’est que le support matériel. Saisir la norme exige en effet de **connaitre la signification du texte**, c’est-à-dire l’intention humaine qui a présidé à sa création. Cette intention est néanmoins **dépourvue de toute matérialité** et enfouie dans l’intimité spirituelle de l’émetteur de la norme → elle ne voyage pas vers l’esprit du récepteur qui est condamné à la reconstruire au moyen d’une interprétation qui s’avère dès lors **inéluctablement créatrice et purement subjective**.

**Carl Schmitt** démontre ainsi la force du pouvoir d’interprétation liée à la légèreté des mots à travers l’exemple du **compromis dilatoire** : lors d’un mouvement constituant, lorsque les rédacteurs de la constitution sont radicalement hostiles les uns vis-à-vis des autres mais qu’ils doivent surmonter leurs divisions pour atteindre un compromis, ils s’entendent pour rédiger un texte évasif et elliptique qui laisse une grande marge de manœuvre. Une telle vacuité sémantique ouvre alors un boulevard à l’interprétation. Le compromis n’est que dilatoire car il diffère à un moment ultérieur la résolution décisive du problème soulevé par l’ambigüité de certains termes et c’est l’acteur qui sera en position dominante qui pourra accomplir cet acte décisif. Ex : les lois constitutionnelles de 1875 seront interprétées en faveur d’un régime parlementaire moniste suite à la crise du 16 mai 1877 & la constitution de la Vème république fera l’objet d’une interprétation présidentialiste par de Gaulle. A – conflictuelle, la légèreté des mots ouvre ainsi grand la voie à l’autorité du plus fort/de celui qui se prononce en dernier.

Critiques de cette théorie : la théorie réaliste de l’interprétation repose ainsi sur la **fiction du néant sémantique.** Le processus linguistique a néanmoins un **caractère collectif** et les unités linguistiques ont en elles-mêmes une signification sur laquelle toute une communauté peut s’entendre → le sens des mots ne jaillit pas du for intérieur d’un sujet qui serait coupé du monde et tenu d’en définir souverainement et individuellement la teneur. De même, si l’incertitude peut jaillir de la façon d’agencer les mots, cette incertitude est limité car l’agencement des mots est régit par des règles de syntaxe et de grammaire issues d’une convention sociale préexistante, sans le respect desquelles aucune compréhension mutuelle n’est possible. Or les règles de droit s’énonçant à travers le langage, le système juridique n’est pas totalement exposé aux délires de l’interprétation solitaire d’un juge sous peine de s’effondrer.

| A ce titre, **la théorie du langage**, enseigne que les règles de syntaxe sont des règles **constatives** et non normatives car celui qui les transgresse n’est pas seulement en infraction, mais il cesse tout bonnement de dialoguer (de même, celui qui viole les règles des échecs cesse de jouer aux échecs). |
| --- |

En postulant l‘impossibilité pour le juge de retrouver l’intention subjective de l’émetteur de la norme, la théorie réaliste répute l’effort d’évaluation d’une interprétation complètement vain, abolissant ainsi la frontière entre l’être et le devoir être et donnant une **souveraineté totale** au juge **érigé au rang de léviathan**. En réalité, aux sources de la controverse juridique, il y a bien **la force des mots** qui fait que les divergences d’interprétation peuvent être résolues par la raison sans que l’autorité ne soit l’unique instance d’arbitrage.

1. **Les théories objectivistes de la justice**
2. La thèse dworkinienne de l’existence d’une réponse juste

Sir Edward Coke (théoricien du *common law*) & Ronald Dowrkin réputent le juge **doté d’une raison artificielle** lui permettant d’atteindre la vérité et la réponse juste à l’occasion de chaque espèce.

L’objectivisme anglo saxon est proche des conceptions de la justice héritées du droit romain et du réalise aristotélicien car elles ont toutes deux un **intérêt commun pour l’équité** qui permettrait au juge de contourner la lettre de la loi pour atteindre la seule réponse juste sans que la décision soit entachée d’arbitraire. L’équité permet de corriger l’application de la loi en évitant une application froide du syllogisme juridique pour atteindre un objectif, la justice, que seule lui permet d’honorer son intelligence particulière.

Arioste estime que l’office du juge n’est pas seulement d’appliquer la loi car celle-ci n’est qu’un source de droit parmi d’autres pour « découvrir » le juste qui varie avec la structure et la dimension du cas qui lui est fourni → le droit est inséparable de l’expérience du procès et il n’est dit qu’à l’occasion d’un litige. Aristote considère alors que l’équité est la **norme ultime** et qu’elle a vocation à suppléer les insuffisances de la loi : le juge est sensé occuper fictivement et anachroniquement le législateur/le souverain afin de déterminer « ce qu’il aurait porté la loi s’il avait connu le cas en question ». De même, pour Montesquieu, le juge aurait une raison artificielle dont serait dépourvu le commun des mortels et qui lui permettrait d’accéder objectivement à la vérité judiciaire.

Au royaume Unis, Sir Eward Coke défendait une conception objective du droit selon laquelle il existerait, par-delà la volonté subjective du législateur, un ordre **juste et naturel** que le juge, **doté d’une lumière et d’une raison artificielle** issue de sa formation spécialisée et inaccessible au profane serait en mesure de découvrir de façon casuistique.Ronald Dworkin défend, dans la même optique, que le juge peut être assimilé, par son aptitude à combler les lacunes de la loi, à Hercule : il aurait la faculté de **découvrir** dans chaque cas litigieux les principes lui permettant de livrer la réponse juste que la société attend. Il pourrait aussi « découvrir » les principes lui permettant de combler les lacunes du droit, évitant ainsi le vide juridique.

* Cette doctrine **magnifie et angélise** le rôle du juge à qui une confiance est accordée pour occuper la fonction du législateur
* le juge pourrait **objectivement connaitre le droit**
* il existerait des solutions justes à l’aune desquelles il serait possible de repérer les verdicts erronés

critiques : il n’existe aucun standard objectif de référence permettant d’évaluer la vérité ou la fausseté d’un jugement & il ne saurait être question d’assimiler la vérité judiciaire à la vérité scientifique. Ce qui est juridiquement tenu pour vrai n’est pas ce qui est dans la réalité.

1. La théorie des actes du langage

Selon cette théorie, il existe deux manières de s’intéresse aux phrases et aux énoncés par lesquelles nous communiquons

| Approche sémantique | Approche pragmatique |
| --- | --- |
| Etude de la signification de l’énoncé, c’est-à-dire la relation entre le signe et ce qu’il représente /entre le mot et la chose. La sémantique définit le sens d’une phrase entre termes de vérités : la phrase est vraie si la chose à laquelle elle se rapport existe et elle fausse si cette chose n’existe pas.  la vérité d’un énoncé est assurée lorsqu’il est possible de lui retirer la guillemets : l’énoncé « la neige est blanche » est vrai si la neige est blanche. | Etude de **ce que fait le locuteur avec l’énoncé**. La pragmatique n’étudie pas le sens des mots, mais leur utilisation par les sujets parlants = la relation entre le signe et ses utilisateurs.  La pragmatique envisage donc des énoncés comme **pratique sociale**.  La fonction de l’énoncé dépend alors du contexte *i.e* d’une série d’éléments comme **l’intonation** ou la situation du locuteur par rapport à son interlocuteur.  Ces énoncés sont évaluables en termes de **réussite**  ou **d’échec** |
| Enoncés constatifs | Enoncés performatifs |

**Austin** conteste cette distinction et il considère que **tous les énoncés sont performatifs** car, par-delà sa structure locutoire purement descriptive, une description constitue souvent sur le plan illocutoire une recommandation voire un ordre (ex : une mère dit à son fils « la plaque chauffante brûle ») → il n’existe pas d’énoncés constatifs à l’état pur et il faut distinguer au sein de chaque énoncé sa dimension locutoire et sa dimension illocutoire : par la sémantique ont dit quelque chose et par la pragmatique on fait quelque chose en le disant → il existe une source autre que la locution d’ont jailli le sens de l’énoncé. Or, cet ailleurs ne sera jamais prescriptible si l’énoncé reste un énoncé écrit, de sorte que **le même mot peut revêtir différentes significations en fonction de l’intention du locuteur** qui préside à leur énonciation ainsi que de la place que celui – ci occupe par rapport à son interlocuteur.

Or, les énoncés juridiques sont des énoncés dont **seul compte la dimension pragmatique**: un énoncé normatif n’est pas un énoncé avec lequel on représente quelque chose qui puisse être appréhendée en termes de vérité, mais il s’agit d’un énoncé par lequel on **fait quelque chose**. Les normes sont néanmoins **écrites**, de sorte qu’elles sont en elle-même toujours **pragmatiquement muettes** → le texte publié au JO n’est que la loi en puissance (elle n’a aucune force normative en elle-même) et la loi en acte n’adviendra qu’une foi dite par le juge. C’est pour cela que les théories de l’interprétation considèrent que la norme est le fruit du passage de l’écrit muet à la parole du juge.

* L’écrit muet est le prétexte à la souveraineté monologique de l’interprète qui, au stade ultime et décisif de la mise en œuvre orale du texte, le met en œuvre seul.

C’est qu’en effet, comme l’énonce **Paul Ricoeur**, l’écrivain ne pouvant répondre à son lecteur, son texte doit être interprété. L’écriture dresse ainsi entre les locuteurs des obstacles sévères à leur compréhension mutuelle. Le dialogue, au contraire, permet de faire l’économie de l’interprétation du texte, chacun pouvant demander à l’autre de préciser sa pensée, avec l’écriture[[1]](#footnote-0). Ainsi, la parole dialogique génère **un processus d’objectivisation propice à la construction commune du sens**. Ce processus n’est à découvrir ni dans le droit naturel ni dans l’énoncé brut de la loi, mais **dans l’acte** du dialogue et au prix d’un sacrifice de l’autonomie interprétative des interlocuteurs. La normativité ne se situe ainsi pas exclusivement dans la parole du juge qui a le dernier mot, mais dans celle de tous les juges qui dialoguent d’un ordre juridictionnel à un autre.

| La doctrine impérativité de l’école de *l’****analytical jurisprudence***  Pour John Austin, le droit se résume à « un commandement appuyé de menaces ». Ainsi, à elle seule, par sa valeur intrinsèque, la volonté crée le droit. |
| --- |

* l’**épistémologie =** l’étude critique des sciences destinée à déterminer leur origine logique, leur valeur et leur portée / théorie de la connaissance / étude de la constitut° des connaissances valables

*le juriste doit il informer et décrire en toute neutralité le pdv positif ou peut-il, sans pour autant renonce à sa vocat° scientifique, s’autoriser à prescrire certaines valeurs sous le sceau de la connaissance savante et se permettre d’influencer le juge et le législateur en énonçant ce qui est justice et ce qui est injuste ?*

*le juriste doit il maintenir une frontière étanche entre connaissance savante et volonté politique au risque de rester indifférent au D injustice (neutralité axiologique / positivisme) ou peut-il transgresser les contours de cette répartit° au risque de transgresser son autonomie et verser dans l’idéologie (engagement axiologique / jusnaturalisme) ?*

| Epistémologie descriptive/empiriste | Epistémologie prescriptive/idéaliste | Criticisme |
| --- | --- | --- |
| Démarche consistant à tenir un regard strictement extérieur par rapport à l’objet d’étude qu’est le droit, c’est-à-dire à le décrire et le comprendre sans le juger | Démarche constituant à juger le droit positif à l’aune d’un idéal éthico – politique tout en revendiquant une démarche scientifique et objective.  → ontologie qui fait passer pour vrai l’ontologie dont on se sent affectivement le plus proche |  |
| Cette démarche repose sur le présupposé positiviste au terme duquel les valeurs ne sont rien d’autre que le fruit de nos émotions et ne sauraient dès lors être prescrites par le savant qui doit à leur égard observer un strict et totale désengagement → la raison est incapable de définir ce qui est juste en soi | Cette démarche repose sur le **présupposé cognitiviste** au terme duquel la science serait capable de déterminer quelles sont les valeurs qui méritent ou non d’être consacrées par le droit positif, comme si la morale faisait partie des objets du savoir scientifique que des individus éclairés pourraient connaitre. |  |
| Critique : une démarche purement descriptive conduit à produire un discours dénué d’intérêt ou source d’illusion | Critique :  **-**cette démarche est peu rigoureuse d’un pdv scientifique car elle consiste à faire passer pour un donné un idéal quelconque relevant de l’ordre du construit.  - cette démarche conduit **inverser les rôles entre science et politique** |  |

Dans l’histoire de la connaissance des choses, deux philosophies se sont toujours opposées quant à la question de son mode d’accès privilégié

| L’empirisme (Hume, Locke & Bacon) | L’idéalisme |
| --- | --- |
| doctrine philosophique qui considère que l'origine de toute connaissances humaines ne provient que de l'expérience sensible, de l'observation. Ainsi nos sens sont à la source de nos connaissances. De l'accumulation d'observations et de faits mesurables, on peut en extraire des lois générales par un raisonnement inductif, allant du concret à l'abstrait.  Les idées ne seraient alors que le prolongement de nos sensations, c’est-à-dire une copie édulcorée de celle – ci. Cette tradition réfute ainsi l’existence des idées innées. | mode de pensée philosophique (Platon, Aristote, Épicure, Descartes, Leibniz, Kant, etc. ) selon lequel **la raison est la seule source de connaissance** car la réalité sensible n’est qu’un univers illusoire et un monde d’apparence au sein duquel est reproduit, à travers le prisme de nos représentations, une réalité cachée qui appartiendrait au monde des idées (Platon) ou de la chose en soi inaccessible à notre entendement (Kant). |

| Idéalisme ontologique | Idéalisme épistémologique |
| --- | --- |
| Une conception idéaliste du droit est une représentation du droit qui consiste à le percevoir comme un **ensemble de normes** ou d‘entités idéelles dépourvues de toute enveloppe empiriquement saisissable et purement produite par le travail de l’esprit humain | L’idéalisme épistémologique est une attitude méthodologique qui consiste à **prétendre découvrir scientifiquement le vrai droit** (le droit idéal à l’aune duquel il serait légitime de juger le droit positif). |

| D’un pdv | Droit naturel ancien | Droit naturel moderne | légalisme | Positivisme sociologique | normativisme |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Ont  -ologique | **Réaliste** : la nature est un ordre normatif qui traduit une volonté immanente à la nature | Idéaliste (rationnel) : le droit réside dans le monde abstrait des idées et de l’esprit après avoir été arraché à la nature | Réaliste : le droit est réduit à la loi au nom de la rationalité du législateur | **Réaliste** : le droit jaillirait spontanément des faits sociaux (réduct° de l’être au devoir être) | **normativiste** : la norme est une idée de la raison |
| Episté  mologique | Idéaliste | Positiviste car le droit tenu pour naturel est abstrait et implique l’idée que seul le législateur détermine ce qui est juste et injustice | Idéaliste | Idéaliste (dérive scientiste) : l’étude expérimentale de la réalité sociale permettrait de dégager le vrai droit (qui ne relèverait plus de la raison théorique mais de la raison pratique) et la sociologie devrait ainsi supplanter le pvr politique | **criticiste** |

| D’un pdv | Théorie réaliste de l’interprétation |
| --- | --- |
| Ont  -ologique | **réaliste** : le droit est créé par le discours des juges |
| Episté  -mologique | **Idéaliste** : en percevant ce que fait réellement le juge par-delà ce qu’il dit, le juriste décèle l’idée derrière la chose apparente |

| causalité | imputation |
| --- | --- |
| la causalité est un mode de connexion qui relie, dans le plus strict déterminisme, les éléments naturels du monde.  La causalité n’est pas une propriété ontologique du monde : la régularité dont rendent compte les lois causales en présentant les faits intra-mondains comme reliés dans des rapports de cause à effet, est purement décrétée et ne va pas de soi car entre la régularité observée d’un phénomène particulier et l’énoncé de la loi consistant à le rationaliser et à l’universaliser, il y a un saut qualitatif qui n’a rien de rationnel et qui n’est rien d’autre que l’expression d’une croyance. Une croyance que le phénomène observé se reproduira à l’infini, un pari sur l’avenir, en somme un geste qui relève davantage de la volonté que de la connaissance et c ’est en cela que le terme de « loi » se justifie.  Artificielle et dépourvue d’existence dans le monde, la généralité est le produit d’un processus intellectuel d’induction qui consiste, par le discours, à inférer des lois universelles à partir d’observations régulières mais contingentes. Pari est tenu que la régularité d’un processus est la manifestation d’un enchaînement systématique de cause à effet susceptible, pour des phénomènes analogues, de se reproduire sans fin. Causalité et généralité sont donc liées. Leur intrication atteste du caractère artificiel des lois savantes dont la fonction est de produire un univers abstrait qui se surajoute au monde sensible en l’enfermant, de façon imaginaire et discursive, dans des catégories. Elles constituent l’idée qui représente le monde sensible d’où la causalité, exclusivement présente dans l’esprit du savant, est totalement absente. | L’imputation est un mode de connexion qui établit la partie qui est livrée à l’aléa de la volonté.  L’imputation, contrairement à la causalité, est **intrinsèque** à la norme. |
| la causalité établie par la loi scientifique est un lien qui relie une conséquence à une cause sur un mode déterministe du type « si A est, B sera » | L’imputation établie par la norme est un lien qui impute une conséquence normative à un fait générateur sur un mode hypothétique du type « si A est, B doit être » |

Si la causalité est évidemment absente de l’univers normatif, un autre système de liens anime en effet ce monde spécifique sur lequel le juriste pose son regard de savant : **l’imputation**.

Tandis que la causalité n’est qu’un construit de l’esprit à défaut d’être un donné du monde, l’imputation est elle-même un donné du monde juridique. Dès lors, la présence, au sein même du monde juridique, d’un lien d’imputation reliant les normes entre elles entrave le juriste dans sa quête de souveraineté scientifique car cette préséance peut aisément influencer le contenu du discours savant. C’est que la norme, entité idéelle, est la signification d’un énoncé qui impute, de manière conditionnelle, des conséquences normatives à des faits générateurs. Elle est la signification d’un énoncé qui porte sur ce qui doit être et se présente dès lors comme la signification d’une idéalité et non d’une réalité. Par conséquent, la proposition de droit qui est l’énoncé par lequel le juriste savant décrit cette idéalité est condamnée à reproduire le lien d’imputation dont celle-ci est constituée et n’a, du point de vue structurel, aucune autonomie par rapport à la norme qu’elle décrit.

* la science juridique est condamnée à n’être que l’ombre insipide du droit positif dès l’instant où le juriste se complaît dans l’exercice de l’exégèse

La démarche idéale consiste donc à construire, au-delà d’une pure réitération des discours normatifs qui sèment l’illusion de s’ériger en objet de la science du droit, des catégories générales permettant de classer, de repérer et de comprendre le chaos de ces énoncés à prétention normative afin d’y déceler des **invariants communs et universalisables** (des lois scientifiques) qui sont le propre de la démarche savante.

Idéale, la démarche est idéaliste au sens épistémologique du terme. L’idéalisme dont il est question ne consiste pas à prescrire un idéal sous la bannière de la science du droit à l’instar des théories du droit naturel mais à **rechercher l’idée derrière la chose**. Toute démarche théorique renferme, en ce sens, une dimension idéaliste. Tel est l’un des plus vieux préceptes de la théorie de la connaissance. Il remonte à Platon et au mythe de la caverne qui incarne l’introduction, dans le monde occidental, de l’esprit scientifique et du goût pour l’abstraction au détriment de la connaissance vulgaire des choses immédiatement vécues et susceptibles de ne faire l’objet, dans leur contingence et leur éphémère dimension, que d’une opinion.

Selon cette tradition idéaliste, la vérité ne se loge pas dans les choses sensibles qui ne relèvent que d’un univers illusoire de représentations : derrière le monde sensible et apparent que constituent, dans les yeux des juristes, les énoncés normatifs des acteurs qui produisent le droit, se déploie un autre monde, vrai, qui se dérobe à toute perception immédiate pour ne se livrer qu’à la connaissance critique. Un monde intelligible, constitué de catégories qui n’auront d’intérêt épistémologique qu’à la condition qu’elles aspirent à la généralité et à l’intemporalité. La théorie est une entreprise de modélisation qui éclaire de sa lumière l’obscure diversité du réel en lui prêtant une forme universelle.

La démarche théorique n’est ni dogmatique ni substantialiste. Ce qu’il s’agit de dévoiler derrière les énoncés à prétention normative ne sont pas des idéaux ni des références éthiques mais des explications, des hypothèses.

* La **supra constitutionnalité**

La doctrine de la **supra – constitutionnalité** défend qu’il existe au sein d’un texte constitutionnel un noyau de dispositions (les droits fondamentaux et la souveraineté de l’Etat) qui détiendraient une valeur substantiellement supérieure aux autres (les dispositions plus techniques) et qu’aucune norme, même constitutionnelle, ne saurait effacer.

Cette doctrine est strictement analogue aux doctrines du droit naturel et elle s’inscrit dans une démarche qui est **idéaliste** d’un pdv épistémologique car elle érige au rang de vérité objective des dispositions que le droit positif hisse au même rang que d’autres dispositions auxquelles sont refusées la supra constitutionnalité.

Une telle doctrine aurait pour conséquence de permettre au conseil constitutionnel de contrôler les lois du pouvoir constituant dérivé, ce que le Conseil constit a heureusement refusé de faire. Une complicité s’est néanmoins instaurée entre supra constitutionalité et droits de l’homme dans la pensée juridique à la fin du XXème siècle.

* Le **souverainisme**

Il relève du rationalisme constructiviste & affirme le primat de la loi sur le juge. Le légicentrisme, incarnation d’une **tradition positiviste**, tient le droit pour un instrument du politique.

Dans l’UE : il règne la loi du marché et le pvr des juges au détriment de la régulation politique démocratique.

Pb : les souverainistes demandent au juge constitutionnel, au nom de la supra constitutionalité, d’interdire au gouvernement d’aliéner la souveraineté de la nation. Or, cela revient à limiter la notion même de souveraineté et à **la réifier**, car un pouvoir n’est plus souverain si on lui pose des limites.

* La **dignité humaine**

Les adaptes de la notion contemporaine de la dignité humaine finissent, au nom du souci de protéger l’homme contre sa propre volonté, par dénaturer al notion moderne et subjectiviste des droits de l’homme.

**réalisme philosophique :** position qui affirme **l’existence d’une réalité extérieure indépendante de notre esprit**. Le réalisme affirme à la fois l’existence et l’indépendance du monde. L’existence signifie qu’il y a un monde extérieur au sujet, et l’indépendance, que ce monde n’a pas besoin d’être relié à un sujet pour exister. Le réalisme affirme que le monde est une chose et que nos représentations en sont une autre.

**subjectivisme philosophique :** Doctrine selon laquelle tout ce qui existe n'a de réalité et/ou de valeur qu'en fonction d'un sujet pensant, d'une conscience qui les lui donne.

Le positivisme juridique est un courant en principe du droit qui s'oppose au jusnaturalisme et dit décrire le droit tel qu'il est . Il consiste à rejeter l'idée d'un droit parfait ou naturel, ainsi qu'à affirmer que seul le droit positif a une valeur juridique, et qu'il est par conséquent l'unique norme à respecter.

\_\_\_\_\_\_\_

**Rasoir d’Occam** (principe d'économie) : principe de raisonnement, énoncé par le franciscain d'origine anglaise Guillaume d'Ockham (1285-1347), selon lequel **il ne faut pas multiplier les entités** (les hypothèses, les notions) **sans nécessité**. C'est-à-dire qu'il est **inutile de chercher une explication compliquée**, faisant appel à des principes hors du champ de l'expérience (essences des universaux, volonté divine, miracle, extra-terrestres...), quand une explication simple, à partir de ce que nous connaissons déjà, suffit à rendre compte d'un phénomène qui se manifeste à nos sens.

Guillaume d'Ockham rejette donc tout ce qui, sous prétexte de mieux comprendre la réalité, ne fait que l'obscurcir sous un voile métaphysique.

// théorie réaliste du droit : le juge profite de la transparence des mots auquel il est libre de prêter arbitrairement n’importe quelle signification car le sujet est souverain dans l’attribution d’un nom aux choses, et rien ne détermine de façon préétablie l’opération de dénomination

\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Imputation** = action d'attribuer (à quelqu'un) une action, un fait, un comportement qu'on juge généralement blâmable.

**objectivisme : «**Doctrine tenant pour **objectives**, c'est-à-dire comme existant en dehors du sujet pensant, certaines choses dont les subjectivistes font un état du sujet »

**subjectivisme**: « Tendance philosophique qui consiste à ramener tout jugement de valeur ou de réalité à des actes ou des états de conscience individuels »

**volontarisme** = croyance que **la volonté humaine est capable d'imposer le changement**. En droit international public, la théorie du volontarisme est l'idée **que les règles de droit ont pour origine l'expression de la volonté de l'Éta**t.

**rationalisme**: la raison est la seule source de connaissance

**idéalisme**: philosophies qui considèrent soit que **la réalité est constituée par l'Idée** ou les Idées (Platon, Hegel), soit que **la réalité extra-mentale n'est perçue ou conçue qu'à travers nos idées** (Berkeley, Kant) => le droit n’est constitué que d’idées

**conventionnalisme** : doctrine stipulant une séparation fondamentale entre les données de l'intuition et des sens, **et** les constructions intellectuelles permettant de fonder les théories scientifiques ou mathématiques

**emprisime :** « Théorie d'après laquelle toutes nos connaissances viennent de l'expérience. »

**constructivisme**: théorie de la connaissance qui repose sur l'idée que notre image de la réalité, ou les notions structurant cette image, sont le produit de l'esprit humain en interaction avec cette réalité, et non le reflet exact de la réalité elle-même

**nominalisme :** «doctrine philosophique qui considère que **les concepts sont des constructions humaines** et que les **noms** qui s'y rapportent ne sont que conventions de langage. Les êtres ne sont pas intrinsèquement porteurs des concepts par lesquels nous les appréhendons »

**artificialisme :** démarche qui attribue l'existence des éléments et autres phénomènes naturels à l'action d'un être humain ou d'un être imaginaire qui agit comme un humains

**L'hétéronomie** est le fait de ne pas être autonome, d'être influencé par des facteurs extérieurs ou par le milieu environnant. C'est l'état d'un groupe ou d'un individu qui se soumet à des règles ou à des lois extérieures

**finalisme :** Doctrine de ceux qui attribuent à la nature, à Dieu une intention créatrice et adaptative qui permettrait d'expliquer les multiples perfections du monde vivant sans recourir à une pure explication causale, darwinienne ou autre => elle présuppose un dessein, un but, une signification, immanents ou transcendants, présents dès leur

**mécanicisme :** philosophique qui considère que tout phénomène est le produit des propriétés mécaniques de la matière

**solipsisme :** position philosophique qui définit le moi comme la seule réalité

Le **contractualisme** affirme que toute société est fondée sur un contrat social qui est un accord ou engagement par lequel on dit que des hommes abandonnent l'état de nature pour former la société dans laquelle ils vivent maintenant

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**souveraineté**: monopolisation de la création du droit et de la détention légitime de la force

**contrat social**: fiction basant l’origine de l’état sur un pacte social conclu entre des individus égaux désireux de sortir de leur état de nature pour vivre socialement sans pour autant perdre leur liberté réputée naturelle. => la société est le produit artificiel de la volonté

**métaphysique** : « recherche rationnelle ayant pour objet la **connaissance de l'être** (esprit, nature, Dieu, matière…), des **causes de l'univers** et des **principes premiers de la connaissance**. » ; recherche qui porte sur ce qui n’est pas saisissable par les sens (ce qui se trouve au-delà de la physique) mais sur lequel la raison prétend pouvoir établir une connaissance

-----

**positivisme**: Doctrine qui se réclame de la seule connaissance des faits, de l'expérience scientifique.

Le positivisme juridiquea 3 acceptions : il peut désigner

* le **positivisme épistémologique** est une approche de l’étude du droit consistant à s’abstenir de dire ce que le droit devrait être (*wertfreiheit*)
  + Le terme allemand de *Wertfreiheit* désigne la neutralité éthique du savant et son indifférence à l’égard de tout jugement de valeur : la raison ne permet pas de connaître les valeurs parce qu’elles relèvent de la métaphysique (des mœurs), c’est-à-dire des sentiments, des affects et des émotions qui occupent l’insondable tréfonds de la subjectivité. **Les valeurs, relatives les unes** **aux autres**, ne peuvent s’ affronter qu’en termes de rapports de force sous la forme d’une **concurrence axiologique** qui exclut tout arbitrage de la raison.
* Leur hiérarchisation ne peut alors relever que d’une décision individuelle ou collective dont le contenu, loin d’être universel à l’instar des énoncés qui relèvent de la raison scientifique, est frappé du sceau de la contingence que lui confèrent l’historicité, le poids de la culture et l’aléa du libre arbitre humain
* le **positivisme ontologie** **réduit le phénomène juridique à un processus de production étatique des normes**
* le **positivisme légaliste** est une idéologie qui commande d’obéir, pour des raisons morales, au droit positif

**philosophie analytique** : courant philosophique qui considère que la philosophie doit se ramener à une exclusivement à une analyse logique du langage et non, comme s’y est employée la philosophie traditionnelle, à une spéculation sur des entités ou des essences métaphysiques (le sujet chez Descartes, le surhomme chez Nietzsche, l’étant chez Heidegger, etc.).

Les auteurs de la philosophie analytique considèrent que **les énoncés métaphysiques** sont dépourvus de signification car seuls ont une signification

* les énoncés analytiques (« aucun célibataire n’est marié ») car la valeur de vérité de ces énoncés est inscrite dans leur forme logique en ceci que
  + ils sont vrais s’ils sont des tautologies
  + et faux s’ils sont des contradictions
* et les propositions empiriques (« la neige est blanche ») car la valeur de vérité des ce énoncés **dépend de leur correspondance avec la chose (le référent) qu’ils désignent** et nécessite, pour l’apprécier, la **mise en œuvre d’un test expérimental** qui permettra de dire si l’énoncé est vrai ou faux.

Aucune procédure de vérification de ce type n’est possible en présence d’une proposition métaphysique du type « l’homme est libre » ou « l’esclavage est illégitime », proposition dont le référent, qui est le siège d’un sentiment ou d’un jugement de valeur, ne relève pas du ressort de la logique et se trouve dépourvu d’objectivité empirique.

* a philosophie analytique s’intéresse aux conditions langagière et sémantique de l’énoncé doué de sens

*théorie pure du D* de Hans Kelsen :

* **ontologiquement**: le D est un système de normes agencées les unes par rapport aux autres selon un ordre cohérent & hiérarchisé => le D est :
  + autonome : c’est un objet qui se suffit à lui-même
    - aucun élément extra-normatif (sociologie, histoire ou psychologie) ne contribue à sa def
    - une norme n’est une norme qu’à condit° d’être valide à l’égard de la norme qui lui est immédiatement supérieure & ainsi de suite
  + objectif : c’est l’ordre normatif qui confère à la norme sa normativité ; la norme ne se suffit pas à elle mêmes & n’est reconnue ne tps que tel qu’en raison de son appartenance à un ordre normatif
* **épistémologiquement** : Kelsen prescrit au juriste **d’épurer** son discours de tout jugement de valeur => le discours doit être neutre et indifférent aux choix éthiques assumés par le législateur => relativisme

1. le dialogue permet de substituer un **rapport de compréhension** à un rapport de force. Ce rapport de compréhension n’est cependant pas un rapport de vérité, car un des locuteurs peut toujours user d’une stratégie dissimulatrice et il qu’il y aura toujours une part de mystère et de stratégie. [↑](#footnote-ref-0)