

Positivisme logique et réalisme juridique

(Rencontres d'Aix 2008 - La distinction faits/valeurs)

1- Il convient évidemment de donner pour commencer quelques définitions.

1.a Par *positivisme logique* j'entends une forme du projet philosophique anti-métaphysique, qui se fonde sur une forme de réductionnisme scientifique (l'objet empirique) dans un sens plus ou moins large, et qui construit la philosophie comme étant non pas séparée de la science, mais comme intégrée à l'action et à la pratique scientifique (philosophie analytique et métascience).¹ J'entends donc une philosophie qui prétend que toute connaissance qui n'est pas analytique (donc y compris la connaissance synthétique : Russell²) est fondée sur l'expérience, et donc en un sens vérifiable ou falsifiable. Une philosophie qui prétend qu'une assertion ou bien est analytique, ou bien est vérifiable/réfutable. Une philosophie qui voit ainsi dans les jugements de valeur non pas une proposition mais une expression symptomatique ou signalétique.

Je prendrai en revanche ici par facilité, même si c'est parfaitement contestable, l'expression au sens large, pour désigner un mouvement qui naît avec Frege, Russell et le premier Wittgenstein, qui est formalisé par le cercle de Vienne (et notamment Carnap et Neurath) - *le Positivisme logique* au sens exact du terme - et qui se poursuit (Popper, etc.) au moins jusqu'à la critique de ces deux dogmes de l'empirisme (réductionnisme, distinction analytique/synthétique) par Quine.³

1.b Par réalisme, j'entends une multitude d'approches extrêmement diversifiées dont le seul point commun est de prétendre s'opposer à toute conception métaphysique dans la définition du droit ou la description de son contenu.⁴

Dans un sens plus précis, ce terme désigne deux courants clairement identifiés, mais fort différents, dans le champ de la théorie du droit :

- le *Réalisme juridique américain* , et
- le *Réalisme juridique scandinave* ;

Dans un sens plus large s'y intègrent des courants qui proviennent du réalisme au sens strict tels que

- *Critical legal studies* ou les courants *Law and...* (y compris *Law and Economics*) aux Etats-Unis notamment,
- l'*Analyse critique du langage*, la *Théorie réaliste de l'interprétation* ou l'*Empirisme juridique* en Europe et en Amérique latine.

¹ V. pour une première présentation J. Bouveresse, La théorie et l'observation dans la philosophie des sciences du positivisme logique, in Fr. Chatelet (dir.) La Philosophie au XXème siècle, Marabout, 1979

² V. B. Russell, Signification et vérité, Flammarion, 1959.

³ W. Quine, Deux dogmes de l'empirisme, in Du point de vue logique. Neuf essais logico-philosophiques, Vrin, 2003

⁴ V. E. Millard, Réalisme, in St. Rials et D. Alland, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003.

2 - Coupler les deux termes, au-delà de l'exercice de style, suppose que l'on puisse déterminer des influences, unilatérales ou réciproques ; évaluer des similitudes, des points d'intérêts partagés, des méthodes compatibles.

2.a Pareil exercice se heurte évidemment en premier lieu à trois difficultés

a) la difficulté d'une analyse chronologique, les courants apparaissant et se formalisant selon des séquences complexes

b) l'absence d'unité des points de vue à évaluer au sein d'un même courant, et notamment entre les auteurs se réclamant également, ou inscrits légitimement dans le courant réaliste

c) et du point de vue de la méthodologie, le choix de la détermination d'une influence soit à partir d'aveux explicites et assumés des auteurs (rares : Ross, le réalisme moderne), soit à partir de rapprochements intuitifs du lecteur.

Je laisse de côté une quatrième difficulté, au moins théorique. Il conviendrait de mesurer plus précisément l'influence ou le rapport, s'il y a lieu, dans un sens inversé : est-ce que la théorie du droit d'inspiration réaliste, classique ou moderne, a eu une influence ou a une influence sur le développement du positivisme logique.⁵

2. b Une autre manière d'aborder l'exercice consisterait bien sûr à prendre le réalisme comme une sous-théorie conséquente et idéal-typique du positivisme juridique, et de poser dès lors la question en terme de cohérence entre *Positivisme juridique* et *Positivisme logique*. Or ce ne serait sans doute pas parfaitement éclairant.

Le positivisme en droit renvoie en effet à trop de postures différentes et largement inconciliables (réalisme/normativisme)⁶, à trop d'usages contrastés (positivisme épistémologique ou positivisme idéologique), pour que l'on puisse espérer quelque chose d'une analyse à un niveau aussi général, et s'abstenir d'examiner la question par régions.

Qu'y a-t-il par exemple de commun entre l'essentiel dualisme ontologique du monde d'un Kelsen, la pluralité des mondes 1, 2 et 3 d'un Popper, le physicalisme d'un Carnap, et la revendication d'un réductionnisme empiriste par des théories réaliste radicales (Troper ou Ross par exemple) ? On ne peut s'essayer qu'à des analyses sur des objets plus limités et pertinents (par exemple l'analyse de Pierre Brunet à propos de la thèse de Bruno Celano sur Kelsen, et la question de la description du monde normatif). Qu'y a-t-il encore de commun entre deux positions qui prétendent en théorie du droit l'une que le raisonnement juridique est logique (par exemple la logique déontique d'un von Wright) et l'autre qu'il est irrationnel (dogme de empirisme) ? Qu'y a-t-il enfin de commun entre deux idéologies juridiques qui affirment l'une qu'il faut obéir à toute loi posée (positivisme légaliste), l'autre que le meilleur système politique est la démocratie pluraliste (Kelsen ou Bobbio, voire Ross), et que le droit, dépourvu de validité absolue, n'est obligatoire que pour qui en accepte ce caractère.

En pratique sinon en théorie, voilà qui conduit ici à traiter le réalisme comme une alternative au projet positiviste dominant : une alternative au normativisme.

⁵ La présentation de Patricia Mindus sur les travaux d'Hägerström permet de tenir que la question mérite d'être envisagée et qu'il est réducteur de considérer que l'influence va nécessairement et unilatéralement du champ de la philosophie générale ou de l'épistémologie générale vers ceux de la théorie ou de la philosophie du droit.

⁶ V. le débat désormais classique entre M. Troper et O. Pfersmann reproduit dans les livraisons 2001, 2002-2003 et 2004 de la revue *Analisi e Diritto* (<http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/>).

3 - Je commencerai par analyser ce que disent les réalistes classiques, contemporains de la constitution de l'école du positivisme logique : Ross et dans une moindre mesure Olivecrona (4) ; puis je présenterai ce qu'il en résulte comme théorie de la distinction entre faits et valeurs à propos du droit (5). Je verrai ensuite très rapidement ce qu'il en est des autres courants réalistes (non scientifiques et scientifiques modernes) (6). J'avancerai pour terminer que le positivisme logique, explicitement ou implicitement, conduit à la dissolution d'un projet réaliste scientifique original en droit. (7)

4 - Position des théoriciens réalistes contemporains du positivisme logique à son égard

4 a . Ross va d'abord passer d'une posture critique à l'égard de l'enseignement dogmatique classique du droit (ses études, ses voyages à travers l'Europe dans les années vingt, ses travaux avec Kelsen), à une conception réaliste (la rencontre avec Hägerstrom au début des années trente). Mais parallèlement à ce positionnement au sein de la pensée juridique, il est très engagé dans le débat philosophique général⁷ ce qui le conduit à affiner sa réflexion théorique, pour partie au travers de son intervention dans les débats de la philosophie scandinave et allemande, pour partie par la lecture des travaux du positivisme logique et de la philosophie anglo-saxonne. Il a des contacts avec nombre des auteurs les plus en vue de ce courant (particulièrement Carnap, qu'il sollicitera après guerre, quand Carnap est à Chicago) et il rénove les fondements théoriques de sa propre doctrine, en s'éloignant de plus en plus, sinon des grandes positions, du moins des grandes lignes de justification, du réalisme scandinave.

A cet égard, deux textes constituent sans doute une clé, parus directement en anglais dans *Theoria* durant la guerre (alors que le Danemark est occupé et que Ross est dans la clandestinité) : *Les impératifs et la logique*⁸ et surtout en 1944-1945 *Sur la nature logique des propositions de valeur*⁹.

Le début de ce dernier texte est parfaitement révélateur du positionnement empiriste logique de Ross :

"Il n'y a pas à s'étonner que les philosophes de l'école métaphysique mettent toute leur foi et tout leur zèle à défendre l'objectivité des valeurs, se détournant avec aversion, voire même parfois horreur et haine, de toute forme de relativisme et de subjectivisme dans la philosophie des valeurs. La philosophie des valeurs est la clé de la philosophie morale, qui à son tour est souvent au fondement des grandes idées métaphysico-religieuses du libre arbitre, de l'immortalité de l'âme, et de l'existence de Dieu. Par conséquent, une philosophie qui serait d'abord une conception de la vie, et non une science, doit combattre naturellement le scepticisme dans la sphère de la philosophie des valeurs[...] Ce dont nous avons besoin pour parvenir à la clarté n'est pas seulement une capacité intellectuelle à surmonter des tâches lourdes, mais également une certaine qualité de caractère : une intégrité scientifique cohérente, libérant de tout besoin d'une croyance métaphysique qui provient, en définitive, de l'impuissance et de la peur [...] Il est plus surprenant que la philosophie scientifique — j'entends par là la philosophie qui, à l'abri de tout besoin métaphysico-religieux, se donne pour objectif d'analyser les concepts issus de la langue commune

⁷ Alf Ross, *Kritik der sogennanten praktischen Erkenntnis*, Levin & Munksgaard, Copenhague-Leipzig, 1933.

⁸ Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, 2004, p. 39 et s.

⁹ Id, p. 61 et s

qu'adoptent, en les soumettant plus ou moins à la critique, les sciences spécialisées, et d'analyser l'appareil linguistique auquel tout exposé scientifique est soumis — n'ait pas adopté de la même manière une attitude dépourvue d'ambiguïté à l'égard de la question des valeurs. Il est possible de souligner trois tendances en particulier dans la philosophie scientifique. D'un point de vue historique, elles se sont chacune développées à partir de leur propre pôle, mais elles demeurent étroitement apparentées, en dépit de leurs différences essentielles, dans leurs prétentions scientifiques. Ce sont la philosophie d'Uppsala, l'empirisme logique, et la philosophie de Cambridge."¹⁰

Ross construit le premier ici le lien d'apparement entre réalisme juridique et positivisme logique ; ce faisant il quitte peu à peu, dès cet article, les fondements classiques du réalisme, pour s'inscrire pleinement, après une critique du versant conservateur de la philosophie scientifique, dans une déclinaison assumée du positivisme logique.

4b . Olivecrona semble à l'inverse en retrait par rapport à la démarche ostensible de Ross. A vrai dire, il semble avoir directement "sauté" d'une approche très fortement marquée par les thématiques d'Hagerstrom en théorie générale du droit¹¹ aux théories du performatif et des actes de langage¹² sans passer par une réflexion épistémologique très marquée ; malgré des textes très riches, dans les années quarante et cinquante, cette réflexion reste, comparativement à celle de Ross, embryonnaire. Ce qui n'est cependant pas dirimant sur la question de la séparation des faits et valeurs.

5 - Théorie de la distinction faits/valeurs dans le réalisme juridique classique

5.a Pour Ross, la science du droit doit être construite sur le modèle des sciences de la nature. Il ne fait aucun doute que la distinction faits/valeurs est essentielle chez Ross, et cela dès l'époque charnière du tournant des années trente et des influences respectives de Kelsen et de la philosophie d'Uppsala (cf sa théorie des sources du droit)¹³. Mais s'il la formalise assez rapidement dans les mêmes termes que le positivisme logique, il regrette que le positivisme logique (dans les années quarante) n'aille pas au-delà de l'affirmation de la démarcation fait/valeur, pour étudier ce que sont les valeurs.

Il accepte bien Ayer¹⁴ et Kraft¹⁵ mais critique par exemple vivement Carnap, adepte par manque de profondeur d'une conception qui est, selon Ross, une conception encore trop métaphysique des valeurs. Il est vrai qu'il s'agit du Carnap de la *Structure logique du monde*,¹⁶ dont la démarche exceptionnellement phénoménaliste a par ailleurs été très critiquée.

¹⁰ Ibid.

¹¹ K. Olivecrona, *Law as fact* (1ère éd.), Munksgaard, 1939.

¹² K Olivecrona, *Law as fact* (2nde éd), Stevens and son, 1971

¹³ Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Franz Deuticke, Leipzig-Vienne, 1929 ; *Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit*, in Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, 2004, p. 23 et s.

¹⁴ Alfred Julius Ayer, *Langage, vérité et logique*, Flammarion, 1956.

¹⁵ Viktor Kraft, *Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre*, Vienne, 1937 (Une science de la valeur, c'est à dire une connaissance scientifique de valeurs absolument valides, est impossible).

¹⁶ R. Carnap, *Der logische Aufbau der Welt*, Weltkreis-Verlag, Berlin, 1928,

Voilà ce qu'avance Ross à ce propos : *"Dans la dernière partie de son système constitutionnel, Rudolf Carnap consacre un développement à la sphère des valeurs (§ 152), dans lequel il avance l'idée que l'on peut concevoir les valeurs comme constituées par l'expérience des valeurs, de la même manière que les choses physiques sont constituées par l'expérience de la perception (qualités sensorielles)".*

Il cite alors Carnap : *"Exprimé dans un langage réaliste : la valeur n'est pas en elle-même perceptible ou psychique, mais elle existe indépendamment du fait d'être expérimentée, et elle est seulement reconnue dans l'expérience (plus précisément : dans le sentiment de valeur dont elle est l'objet intentionnel)",*

pour poursuivre : *"Comme on le verra, nous rencontrons ici une conception des valeurs qui en principe ne semble pas différer de l'objectivisme de Max Scheler. Georg Henrik von Wright, qui accepte les vues de Carnap, fait expressément état de son accord avec Max Scheler¹⁷. Cette harmonie surprend à première vue."*

Bien que Ross reconnaisse que *"dans un autre paragraphe de la même publication (§ 133), Carnap suggère toutefois une conception plus modérée de la possibilité d'une appréhension des valeurs. Il envisage la question de savoir si un sentiment ou une volonté peuvent être imputés à des objets extérieurs"*, il ne rachète pas Carnap sur cette question, et conteste l'existence de valeur indépendamment du fait qu'elles sont expérimentées. L'ensemble de l'article consiste ainsi à démontrer l'impossibilité de s'affranchir en quoi que ce soit de la démarcation faits/valeurs, et de la séparation entre proposition scientifique et langage signalétique, et Ross le conclut en indiquant en quatre points les lignes de sa propre conception, bien sûr émotiviste, des valeurs :

1 - *"L'objectivité est constituée par la vérification d'une théorie".*

2 - *"Les valeurs ne constituent pas une sphère de qualité objective".*

3 - *"Dans la mesure où la fonction des propositions de valeur est d'être le symptôme ou le signal d'une certaine attitude, elles sont d'une nature non-logique".*

4 - *"L'évaluation, comme nous l'avons vu, ne contient aucune détermination de la chose ; elle ne constitue pas la chose, mais exprime une réaction comportementale de l'organisme causée par la chose en conjonction avec un certain nombre de facteurs de prédisposition (éducation, environnement, etc.). La chose et la réaction d'évaluation sont sur le même plan logique. Elles se situent toutes deux à l'intérieur du monde où les choses existent, et entretiennent entre elles des relations causales (mais dans lequel il n'existe aucun phénomène de conscience). Parmi ces choses figure l'organisme, « notre propre corps ». L'attitude d'évaluation est une réaction comportementale de cet organisme. L'attitude d'évaluation est elle-même constituée logiquement de certaines « expériences ». Mais celles-ci se rapportent seulement à l'organisme lui-même, et à ses réactions. C'est pourquoi on les appelle des émotions."*

Évidemment, à partir d'une telle position, on ne peut plus orthodoxe du point de vue des dogmes de l'empirisme logique, Ross ne peut que manifester une défiance radicale à l'égard des évolutions ultérieures de la philosophie analytique, telles que conceptualisées à partir de l'essentielle

¹⁷ G.H. von Wright, *Den Logiska Empirismen, Natur och Kultur*, 1943, p. 114.

critique de Quine. Voici notamment comment il appréhende *Le raisonnement moral*¹⁸ en critiquant une forme de prétention à l'objectivité des jugements moraux, telle que présentée par Richard Hare¹⁹ :

" Bien sûr, il y a encore beaucoup de philosophes qui croient à une cognition éthique, et à un enseignement et un apprentissage moraux correspondants. Cependant, parmi les non-cognitivistes, la doctrine la plus communément acceptée est que le rôle de la philosophie morale n'est pas d'enseigner le bon comportement, mais de clarifier la manière dont nous parlons des questions morales, et dont nous les pensons. La philosophie morale porte non pas sur la morale, mais sur la logique de la langue morale et du raisonnement moral. Ses énoncés ne contiennent pas des jugements moraux, mais des propositions méta-morales à propos des jugements moraux. Selon cette conception, la philosophie morale est totalement neutre du point de vue moral. Vous ne pouvez pas vous attendre à y trouver des directives qui vous aideraient à apporter des réponses aux questions morales, par exemple celles qui sont impliqués dans des controverses telles que démocratie contre dictature, ou égalité raciale contre discrimination raciale. De ce point de vue, le raisonnement moral est toujours hypothétique : en partant de l'hypothèse que vous acceptez certains principes, certaines valeurs ou certains objectifs, il discute la justification morale d'un certain comportement. Les évaluations fondamentales sont subjectives, indémonstrables. Seuls les effets d'un comportement donné sur les valeurs acceptées entrent dans le champ de la discussion rationnelle, de la démonstration, de la vérité et de l'objectivité."

La forme de raisonnement ici envisagée par Hare et analysée par Ross est assez sensiblement du même type que celle envisagée par Amartya Sen à partir de laquelle Hillary Putnam affirme l'effondrement de la dichotomie fait/valeur : la structure de la critique mérite donc attention, et reste d'actualité pour une compréhension de la position réaliste/empiriste logique dans le débat actuel.

5 b - Nonobstant une évidente formulation dans les termes du positivisme logique, Ross ne s'écarte pourtant pas de la conception classique des réalistes scandinaves sur cette question depuis Hägerstrom. Pour ce dernier, un jugement de valeur, c'est-à-dire une proposition qui exprime par exemple qu'une chose est bonne ou mauvaise, ou qui dit qu'elle doit être ou ne doit pas être, est purement et simplement métaphysique : il n'est ni vrai, ni faux, et à vrai dire ne constitue pas une proposition. La valeur ne peut se concevoir que comme l'expression d'une émotion : un plaisir ou déplaisir, ou un intérêt subjectif, en présence d'une situation donnée.

Mais une fois cette absence de sens des jugements de valeur établie, les réalistes scandinaves ne se désintéressent pas de cette forme de langage, et de ce qu'il produit ou révèle dans le monde social : pour les réalistes comme pour Ross dans sa critique du raisonnement moral objectiviste, de tels jugements constituent de réels faits qu'il convient de comprendre, pour pouvoir les connaître, dans leur contexte, ou dans leurs fonctions sociale et historique. Si le jugement de valeur n'est pas scientifique, son étude peut (et donc doit) l'être. Parmi ces jugements de valeurs, en particulier, figurent les jugements du droit, de la religion, de la morale. La science juridique n'est ainsi en rien une science du droit, mais une science empirique ayant pour objet la description du droit réel, ou du

¹⁸ Alf Ross, Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ, 2004, p. 191 et s.

¹⁹ R.M. Hare, Freedom and Reason, Oxford University Press, 1963.

droit en vigueur, c'est-à-dire du droit existant et non pas fantasmé. La science du droit décrit des jugements de valeurs effectivement portés.

6 - Autres positions d'autres théories réalistes.

6.a Les réalistes américains manifestent de manière générale un scepticisme à l'égard des règles, qui les rapproche du réductionnisme empiriste. Mais ce scepticisme ne peut en rien s'assimiler au positivisme logique pour plusieurs raisons. En premier lieu, il ne se veut pas constitutif d'une science, mais simplement outil technique, disponible selon les besoins et les envies. En conséquence, il ne suppose pas nécessairement de séparation stricte entre science et évaluation, donc entre valeurs et faits.

Cela ne signifie évidemment pas qu'il ne peut pas y avoir de rapports de cohérence entre réalisme juridique sur le modèle américain et positivisme logique ; simplement qu'un tel rapport de cohérence est à construire, par celui qui, à partir d'une position sceptique à l'égard des règles du type de celle développée par le réalisme américain, investirait la technique pour en développer le volet scientifique. Dans une très large mesure, de tels rapports de cohérence ont été réalisés par des réalistes européens modernes, et notamment Michel Troper en France,²⁰ et avant lui en Italie quelque peu différemment Giovanni Tarello.²¹

A cet effet, la revendication par certains post-réalistes américains d'une origine de leur approche dans le positivisme logique, comme celle de Richard Posner se réclamant de Wittgenstein,²² doit être regardée comme un élément biographique davantage qu'intellectuel, et appréciée en terme de stratégie davantage que d'implication.

6.b - Les théories réalistes scientifiques postérieures au réalisme classique assument généralement explicitement (*Analyse critique du langage, Empirisme juridique, Théorie réaliste de l'interprétation*) qu'elles constituent une déclinaison des positions essentielles du positivisme logique, et donc qu'elles considèrent comme fondamentale la distinction des propositions de fait et des jugements de valeur.

7 - Le réalisme actuel comme projet post-positiviste logique (en plusieurs sens).

Je voudrais avancer pour terminer trois idées, sans avoir la place de les développer comme elles le mériteraient, qui sonnent la disparition programmée (et largement consommée depuis des décennies) du réalisme juridique comme projet scientifique original en matière juridique.

7. a La première a trait au point de vue méta-éthique. La remise en cause du positivisme logique a rencontré un certain écho chez les tenants "naturels" du réalisme juridique. La révolution post-quinienne, et encore davantage la remise en cause de la distinction faits/valeurs, a conduit une majeure partie des réalistes à remettre en cause aussi la distinction jusnaturalisme/positivisme, la distinction description/prescription, et finalement à rejoindre une forme de syncrétisme dans lequel

²⁰ Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994.

²¹ Giovanni Tarello *L'interpretazione della legge*, Giuffrè 1980 .

²² Richard Posner, *Problems of jurisprudence*, Harvard University Press, 2007.

le réalisme n'est plus une alternative au positivisme (alternative scientifique dans une description du droit) mais une alternative au jusnaturalisme (alternative épistémologique dans une évaluation du droit). Si les travaux de Dworkin ont largement ouvert la voie, la publication de l'ouvrage majeur de Putnam est venu couronner (et légitimer) cette tendance.²³ Une bonne partie dès lors de la jeune doctrine italienne, encore davantage espagnole et latino-américaine, et la majeure partie de la doctrine anglo saxonne, qui auraient pu rester sensibles aux fondamentaux du positivisme logique et du réalisme juridique, qui s'affirment toujours analytique, n'ont pas été insensibles à ces sirènes, pour des raisons qui ne me semblent pas toujours assumées et assumables, au regard des fondamentaux précités. Putnam pas plus que Quine n'ont jeté aux orties toute séparation des faits et des valeurs, et si dans une certaine mesure le travail de Putnam vise à revenir sur la dichotomie essentielle des propositions de fait et des jugements de valeur, cela ne concerne pas toutes les valeurs, mais quelques valeurs épistémiques, qui n'ont pas grand chose à voir avec les valeurs éthiques en jeu dans les discussions de théorie du droit ; et cela concerne une imbrication entre faits et valeurs, et non une confusion. Dans une très large mesure, la suspecte (et non critique) popularité d'une philosophie on ne peut plus austère chez les juristes révèle sans doute une forme d'intérêt, qui leur fait occulter que les exemples pris par Putnam, la structure de son raisonnement et les conclusions théoriques et pratiques auxquelles il parvient ne sont pas hors d'un débat qui continue. N'en déplaise à ceux qui voudraient que le titre de Putnam soit à lui seul une vérité : tout se joue entre le pari de Pascal et le charbonnier de Brassens.

7.b Du point de vue théorique, l'adhésion à un projet descriptif du droit à partir des thèses réalistes conduit désormais à assumer pleinement le programme scientifique du positivisme logique, et à inscrire pleinement une théorie empiriste du droit comme une théorie positiviste logique appliquée : une théorie non-cognitiviste fournissant outils, concepts, et méthodes pour l'analyse critique d'un langage donné spécialisé. Sans plus d'originalité théorique que celles tenant à une nécessaire spécialisation. On peut l'appeler aussi réaliste par référence historique, ou par souci de classification interne aux juristes (encore que le terme réaliste est tellement mal choisi pour dire ce que font ces réalistes là qu'il ne faudrait sans doute pas s'y accrocher autant). Mais il faudrait alors dire que le réalisme est une simple variante désormais, dans le domaine de la théorie du droit, du positivisme logique.

7.c Du point de vue pratique, enfin, le réductionnisme assumé par le réalisme sur les faits conduit à interroger encore davantage les choix stratégiques des juristes savants.

Évidemment le positivisme logique permet une déconstruction du droit, et encore davantage des discours des juristes. Cette déconstruction est intellectuellement fondée. C'est une déconstruction qui montre la faiblesse et les défauts vérifiables des conceptions du droit, sans présupposer des jugements de valeur, sauf éventuellement à un niveau méta théorique indépassable : est-ce que le monde existe et suis-je autre chose qu'un androïde rêvant de moutons électriques ? Pour cette raison, le positivisme logique constitue pour les juristes une posture générant une ressource essentielle, dont usent assez volontiers les réalistes. Et la tâche est évidemment toujours plus urgente et nécessaire, d'autant que, comme on l'a vu sous 7.a, d'autres déconstructions du formalisme juridique conduisent à une reconstruction, sous des intitulés divers

²³ Hilary Putnam, *Fait/Valeur : la fin d'un dogme et autres essais*, Editions de l'Eclat 2004

(chaînes interprétatives, etc.), d'autant plus présentes qu'elles affirment ne pouvoir être épistémologiquement interrogeables (bien que s'affirmant valables ou valides ou correctes).

Or des stratégies constructives sont certainement plus difficilement concevables à partir du réalisme juridique, et en respectant les prémisses épistémologiques. On l'a dit pour la création théorique, pour laquelle l'originalité du réalisme historique est aspirée par la puissance du positivisme logique. On peut le dire aussi pour la création de l'objet de leur science par les juristes savants : dans l'alternative entre analyse critique du discours du droit ou description des comportements des acteurs par rapport au droit, le réductionnisme débouche sur la linguistique appliquée et/ou sur la sociologie critique.

La réelle alternative qui se pose désormais, et en ce sens réside sans doute tout projet post-positiviste, consiste à choisir entre : se contraindre à, ou accepter de, renoncer à une position philosophique dont on peut être persuadé qu'elle est fondée scientifiquement mais qui peut paraître condamner à la stérilité disciplinaire, tout au moins à limiter ses ambitions ; ou bien assumer que l'intéressant avec le droit, en cohérence avec cette même position philosophique, est d'investir ce qui n'est pas scientifique, donc accepter de faire un vrai travail politique, celui de s'atteler au volet politique de ce travail.

La première branche est sans doute celles des épigones de Dworkin, et conduit à ne pouvoir plus distinguer à propos du droit propositions de fait et jugements de valeur. La seconde a conduit le réalisme américain dans un très large éventail à ne plus avoir quelque projet philosophico-scientifique que ce soit (à abandonner toute exigence du côté de la description des faits).

Le pari que peuvent faire les tenants du positivisme logique en droit (ou d'une théorie réaliste du droit, ou d'une théorie empiriste du droit) pourrait être le suivant (et à dire vrai : le pari que font et qu'ont toujours fait la plupart des tenants du réalisme et du positivisme logique, si on veut bien regarder honnêtement leur travail, est le suivant).

D'abord ne pas accepter la renonciation du réalisme américain et continuer à traiter des questions de faits (scientifiquement) par une méthode objectivement validable ; ceci est trois fois nécessaire (et cette nécessité signifie que l'on doit continuer cela, et non que l'on pourrait simplement, sauf à ne plus être en phase avec ses propres prémisses). C'est nécessaire d'abord pour la connaissance des faits : du droit tel qu'il est (ce qui peut toujours servir, nul n'en disconvient, y compris et surtout ceux qui y sont confrontés en pratique). C'est nécessaire ensuite pour la légitimité d'une stratégie de la connaissance (donc pour justifier une science du droit) et la démarquer d'une stratégie de l'autorité. C'est nécessaire enfin pour la déconstruction scientifique préalable à tout débat politique : pour préciser là où le différend n'est pas décidable, et permettre en le circonscrivant à ces questions que le débat porte sur tous les choix de valeurs, mais qu'il ne porte pas sur des chimères.

Ce pari signifie donc non pas que la dichotomie entre faits et valeurs s'efface : cette dichotomie est structurante de nos modalités de pensée et de représentation du monde. Ce pari n'est pas non plus de prétendre que l'on puisse décider scientifiquement sur les valeurs ou plus exactement que nos décisions sur les valeurs aient un statut logico-scientifique. C'est là je crois que l'on peut craindre que la popularité du thème du soi-disant effondrement de la dichotomie entre faits et valeurs soit très malsain. Alors qu'il devrait impliquer totalement la disparition de la dichotomie subjectivité/objectivité, ou vérité/autorité, ou science/politique, le thème de l'effondrement de la dichotomie faits/valeurs est reçu et revendiqué pour conférer illégitimement aux jugements de valeur le statut que seule la dichotomie leur interdisait d'avoir (un statut de proposition vraie) ; et

seulement parce que il y avait dichotomie. Il faut le redire : la dichotomie est structurante de la pensée d'un monde dans lequel science et politique ne se confondent pas ; dans lequel vérité et idéologie ne se confondent pas. Elle est donc consubstantielle de l'idée même de vérité ou de science (et de l'idée de politique ou d'idéologie). Sans elle, il se peut qu'il n'y ait plus de distinction possible entre jugements de valeur et propositions de fait et que ces propositions soient de même nature, que l'on puisse donc passer de l'une à l'autre, peut-être même d'un point de vue logique (ce qui reste à démontrer mais admettons !). Mais sans elle, dire qu'elles ont (toutes) un statut de propositions scientifiques, dire qu'elles sont (toutes) vraies ou fausses (et en réalité dire qu'elles sont vraies puisqu'on a posé qu'il n'y a plus de réfutation/vérification possible en dynamisant la séparation) n'a plus aucun sens. Cela revient exactement au même que de dire qu'elles sont belles, politiques ou courageuses, ou tout simplement *tû-tû*.

Le pari est bien que l'on peut (et ici il n'y a pas de nécessité, mais une possibilité, montrant que les portes ne sont pas closes : on peut, et non on doit), sans se contraindre à renoncer à la dichotomie, parler des valeurs, émettre des jugements de valeurs, critiquer au nom de jugements de valeur : mais toujours avec le statut de jugements de valeur, et les conséquences provenant de la dichotomie. Dire clairement que l'indécidable et les valeurs sont politiques (et que le droit en ce sens est politique : un objet politique spécial certes - sa technique -, mais un simple objet politique, et rien de plus, et certainement pas sa "nature") ; et dire clairement aussi que ce qui est politique est essentiel, à décrire comme politique (science) et à débattre comme valeur (politique). Taire d'abord donc ce dont on ne peut parler (les valeurs), mais ensuite ne pas se contraindre au silence (sur les valeurs), si l'on n'accepte pas de s'y contraindre, en sachant alors la démarcation, en la disant et en acceptant ce qu'elle implique.

A vrai dire, j'ai toujours autant voire davantage de sympathie pour la théorie réaliste du droit et le positivisme logique, et pour leur construction de la séparation des faits et des valeurs, malgré les critiques qui leur sont adressées, par les philosophes analytiques comme par ceux qui importent leurs idées, même réduites à des slogans, dans le monde du droit. Cette sympathie tient non pas à ce que ces théories m'interdiraient de parler des valeurs en me contraignant à me limiter aux faits, mais parce qu'elles me permettent de ne pas perdre d'énergie et de temps à discuter confusément de faits, et m'autorisent en cela à discuter clairement, sur le terrain politique, de valeurs. La science et la démocratie ne sont pas incompatibles ; mais la vérité n'est pas affaire de majorité non plus que les choix politiques de vérité.

Je crains en réalité que ce soit cette posture, typique des réalistes, mais au delà typique d'une forme scientifique du positivisme, même non formalisée ou explicitement rattachée au positivisme logique, qui ne soit le seul et unique objet de la controverse, au moins dans le champ des discussions sur le droit. Affirmer la dichotomie faits/valeurs consiste à affirmer la distinction entre vérité et émotion, objectivité et subjectivité, science et politique. Le plus contraignant alors n'est pas d'accepter de se plier aux exigences épistémologiques lourdes de la connaissance, qui se recommandent par la possibilité de formaliser des propositions vraies, mais d'accepter d'assumer le caractère politique de nos expressions sur les valeurs, et l'impossibilité de les imposer comme vraies, sauf par l'argument fallacieux d'autorité. Rejeter la dichotomie tend moins à justifier une science du droit sans rigueur qu'à refuser cette subjectivité de nos prises de position.

Eric Millard
Centre de Théorie et analyse du droit
UMR 7074- Paris X Nanterre