



Le tournant méthodologique en philosophie du droit

Jean-Yves Cherot

► **To cite this version:**

Jean-Yves Cherot. Le tournant méthodologique en philosophie du droit. Jean-Yves Cherot; Sylvie Cimamonti; Laetitia Tranchant; Jérôme Trémeau. Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel, Bruylant, pp.29-59, 2013, Penser le droit, 978-2-8027-3804-6. halshs-01056122

HAL Id: halshs-01056122

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01056122>

Submitted on 15 Aug 2014

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

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



CHAPITRE III. LE TOURNANT MÉTHODOLOGIQUE EN PHILOSOPHIE DU DROIT

PAR

Jean-Yves CHÉROT

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie du droit,
13100 Aix-en-Provence*

Ce qu'on appelle le « tournant méthodologique » (« *methodological turn* »)⁽¹⁾ en philosophie du droit naît d'une intensification du débat méthodologique sur la façon de faire de la théorie du droit. La littérature sur le sujet est devenue de nos jours considérable. Si les théoriciens du droit focalisaient leur attention en premier lieu sur l'analyse du concept de droit et sur la question « qu'est-ce que le droit ? », ils s'interrogent aussi sur la question de savoir « qu'est-ce que la théorie du droit ? » ou « comment faire de la théorie du droit ? ».

Ce n'est pas dire que les questions méthodologiques concernant la théorie du droit n'aient pas été abordées par le passé, ni même que ces questions n'aient pas semblé importantes, mais le « tournant méthodologique » marque l'avènement d'un débat dense et fourni sur cette question, et l'apparition de controverses emportant critiques, réponses, contre-réponses, etc., dans une littérature abondante.

(1) Sur le « *methodological turn* », voy. notamment Julie DICKSON, « Methodology in Jurisprudence : A Critical Survey », *Legal Theory*, 10, 2004, p. 117 ; Leslie GREEN, « General Jurisprudence : a 25th Anniversary essay », *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2005, p. 565 ; Jules L. COLEMAN, « Methodology », in Jules COLEMAN and Scott SHAPIRO (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004, p. 311. Voici ce qu'écrivent de leur côté John OBERDIEK et Dennis PATTERSON (« Moral evaluation and conceptual analysis in Jurisprudential Methodology », in Ross HARRISON ed. *Current Legal Issues : Law and Philosophy*, Oxford UP, 2007) : « Analytic general jurisprudence has become attentive to its own methodology in recent years. No longer content with its traditional first-order questions revolving around the varieties, commitments, and defensibility of legal positivism, the discipline of jurisprudence has turned inward, asking the second-order question. How should one do jurisprudence ? ».

BRUYLANT





Il n'est pas exclu que ce débat ait parfois été trop focalisé sur des points qui pourront apparaître comme secondaires ou que certains des débats comme le célèbre débat à distance Hart/Dworkin ne puissent pas apparaître, avec le recul, comme ayant retardé et détourné l'attention de ce qui peut apparaître comme essentiel. Le débat méthodologique majeur en méthodologie de la théorie du droit nous paraît devoir être celui opposant le courant de l'empirisme (et notamment de l'empirisme logique) et le courant issu des philosophies pragmatistes, même si cette opposition s'est affaiblie avec la perte d'influence de l'empirisme logique, avec les limites reconnues à la philosophie du langage ordinaire et la grande diversité de la philosophie du pragmatisme. Mais on peut regretter qu'elle ne soit pas plus souvent replacée au cœur ou à l'arrière-plan des discussions. On peut ainsi regretter que des contributions comme celle de J. Toh sur l'empirisme supposé de Hart n'ait pas été plus au cœur de la discussion⁽²⁾. Mais en focalisant sur les principaux et grands débats de ce tournant méthodologique, on en enregistrera les grandes arrêtes.

Ce qu'on appelle le « tournant méthodologique » vient historiquement des critiques adressées à la méthodologie de Hart par

(2) Voy. l'article de J. TOH, « Hart's Expressivism and his Benthamite Project », *Legal Theory*, 11, 2005, p. 75, pour une thèse selon laquelle, Hart aurait adopté philosophiquement un point de vue empiriste expressiviste.

Sans pouvoir traiter cette question ici, il nous semble que la philosophie du langage ordinaire a reçu une attention particulière chez Hart, parce qu'elle lui permettait de surmonter le ou les réductionnismes d'un empiriste radical (celui notamment de l'empirisme logique de l'école de Vienne) qui conduit à ne pouvoir voir, sur le plan scientifique, dans les normes et notamment dans les normes juridiques que l'expression de volontés ou de désirs (thèse expressiviste) ou la seule manifestation de prescriptions (thèse prescriptivisme) et donc à réduire le droit, comme l'avaient fait au XIX^e siècle Bentham et Austin, à la description d'un commandement du souverain ou comme l'avait fait certains des « réalistes » (entendre empiristes) qu'à la prédiction de ce que feront les tribunaux. L'analyse du langage ordinaire permettait en suivant la voie ouverte par le philosophe du XX^e siècle, John Austin, de révéler les significations propres des normes en révélant les dimensions performatives du langage, au-delà même du clivage entre le descriptif et le normatif. Sur les apports philosophiques de la philosophie du langage ordinaire à la théorie des normes, voy. notamment B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant, 2012, 3^e édition).

Mais il est vrai que Hart n'a fait qu'un usage modeste de la philosophie du langage ordinaire, et plutôt « de façon tactique », comme l'écrit Leslie Green, « gagner quelques petites batailles sur des termes tels que l'obligation », mais il évite un assaut stratégique sur des mots tels 'droit' ou 'légal' » (Leslie GREEN, « General Jurisprudence : a 25th Anniversary essay », *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2005, p. 565). La distinction chez lui entre règles qui créent des obligations et celles qui confèrent des pouvoirs repose autant sur la théorie des performatifs que sur une approche plus fonctionnelle du système juridique sous la forme de la distinction entre règles primaires et règles secondaires.



Dworkin, puis par John Finnis⁽³⁾ et par Stephen R. Perry⁽⁴⁾. La réponse adressée aux critiques de Dworkin et de Finnis par les défenseurs d'un positivisme méthodologique en théorie du droit, puis la réponse adressée par Hart lui-même à Dworkin dans la Postface à la deuxième édition du *Concept de droit* en 1994⁽⁵⁾, comme les explications et les approfondissements suscités par la Postface dans sa dimension méthodologique notamment⁽⁶⁾ marquent et peuvent ainsi dater ce qui sera appelé « le tournant méthodologique » en théorie du droit. Le débat méthodologique a reçu, plus récemment, une nouvelle impulsion du fait des critiques adressées par Brian Leiter à l'utilisation de l'analyse conceptuelle de nos intuitions. Brian Leiter demande une « naturalisation » au sens que Quine, donne à ce terme⁽⁷⁾, de la théorie du droit et souligne le rôle que devraient jouer les théoriciens du droit pour rendre plus visibles les travaux empiriques sur le droit et notamment sur l'explication causale des décisions de justice. Il en appelle ainsi sinon à un abandon de la méthode conceptuelle, du moins à une analyse conceptuelle « modeste » ou « déflationniste » du concept de droit⁽⁸⁾.

D'une façon ou d'une autre tous les participants sont d'accord, et malgré ses réticences Brian Leiter y consent pour partie, avec l'idée de devoir rendre compte de ce que Raz appelle « notre » concept de droit, c'est-à-dire de chercher à mieux rendre compte de notre auto-compréhension du droit, avec une forte reconnaissance, avec des acceptations différentes, du caractère herméneutique du

(3) John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law series, Oxford University Press, first published 1980. Il faut se reporter au premier chapitre, intitulé « *Evaluation and the description of law* » de la première partie de l'ouvrage. Il constitue un des premiers points de départ de la discussion méthodologique sur la théorie du droit.

(4) Parmi de nombreuses et importantes contribution, voy. Stephen R. PERRY, « Hart's Methodological Positivism », in *Hart's Postscript*, OUP, 2005, p. 311.

(5) *The Concept of Law*, second edition, Oxford, Clarendon Law Series, 1994. Voy. notamment la partie 1 du « Postscript sur « *The nature of Legal Theory* », p. 239 ; traduction française par Michel van de Kerchove, *Le concept de droit*, 2^e édition, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005. Voy. notamment les passages de la Postface sur « la nature de la théorie du droit », p. 257.

(6) Voy. en particulier l'ouvrage collectif sur la Postface au *Concept de droit*, Jules COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001.

(7) « Naturalized Epistemology », in *Ontological Relativity and Others Essays*, New York, Columbia University Press, 1969 p. 69-90 (15^e édition, 1977).

(8) Brian Leiter a rassemblé ses contributions pour cette nouvelle approche de la théorie du droit dans *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, 2007.



concept de droit⁽⁹⁾. Raz décrit le projet de la théorie du droit comme celui d'une auto-compréhension collective du droit et des concepts généraux d'autorité, de morale et de justice en corrélation avec lui⁽¹⁰⁾. Car, si le concept de droit renvoie aux caractères essentiels du droit, on ne doit pas se tromper sur le sens de l'entreprise. Il ne s'agit pas de définir, du point de vue externe à l'institution sociale du droit, des caractéristiques en fonction d'une recherche de type sociologique ou de science politique, mais de rendre compte de ce qui est perçu par les acteurs dans la pratique normative du droit comme leur concept de droit et qui, comme l'écrit encore Joseph Raz, « ne relève pas de la chasse gardée d'une discipline extérieure au droit ». Le concept de droit est « celui qui est utilisé ou impliqué par chacun d'entre nous pour parler d'une institution sociale avec laquelle nous sommes tous de quelque façon que ce soit et à différents degrés familiers », de telle sorte que ce que nous étudions « quand nous étudions la nature du droit est la nature de notre propre auto-compréhension »⁽¹¹⁾.

Nous avancerons en présentant successivement les trois débats majeurs qui divisent, depuis les années 1980 sur le terrain de la méthodologie dans l'analyse du concept de droit et des concepts juridiques qui lui sont liés, le champ de la philosophie du droit aux États-Unis et en Angleterre. Avec les débats ouverts par Finnis (I) et par Dworkin (II), la question méthodologique principale est de savoir si la théorie du droit est normative dans le sens qu'elle serait une partie de la philosophie politique et morale. Avec le débat ouvert par Leiter (III), la question méthodologique principale est de savoir si la théorie du droit ne doit pas être, en tant que théorie descriptive, neutre et générale, une théorie « naturalisée », dans le sens où elle ne devrait plus qu'être une conceptualisation d'accompagnement des sciences sociales.

(9) Il va sans dire que cette approche herméneutique entretient des relations complexes avec la prétention, maintenue, d'une théorie générale du droit. C'est un point analysé parfaitement par Raz, mais que l'on ne peut développer ici.

(10) Voy. J. RAZ, « Can there be a theory of Law ? », *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, OUP, 2005. Voy. aussi B. BIX, « Conceptual Jurisprudence and socio-legal studies », *Rutgers Law Journal*, 227, 2000-2001, p. 227. « They may be times when sociology wants to use minimaliste stipulative definitions to keep all inquiries open, but legal theory offers more robust definition as an effort to explain or offer insights regarding the concept we use ».

(11) Et, en général, il est considéré de ce point de vue que ce qui est essentiel dans notre concept de droit du point de vue pratique, c'est la revendication du droit (des autorités qui appliquent le droit) à une autorité légitime, ce qui conduit à mettre l'accent sur les aspects du phénomène juridique qui sont en relation avec cette revendication.



1. – FINNIS ET LE DÉBAT SUR LE POSITIVISME JURIDIQUE
MÉTHODOLOGIQUE

Le débat majeur reste celui ouvert par John Finnis en 1980⁽¹²⁾. Pour Finnis, il s'agit, du point de vue philosophique, non pas de comprendre ce qui est commun à tous les systèmes juridiques, mais bien ce qui est central dans le droit. Il convient donc de sélectionner au sein des différentes données que l'on rencontre dans le phénomène juridique ce qui en restitue la signification et un tel choix implique de sélectionner les caractères essentiels du droit du point de vue pratique. De ce point de vue, la question pratique par excellence en droit est celle de l'obligation morale de l'obéissance au droit. Le théoricien du droit devra lui-même dans son œuvre même de description du concept de droit se placer de ce point de vue pratique et donc se demander ce qui peut justifier moralement l'obéissance au droit.

La théorie du concept de droit ne peut donc pas, à moins de ne présenter qu'un faible intérêt philosophique, être neutre. De nombreux concepts de droit sont rejetés de ce point de vue dès lors qu'ils trahissent « une faible sensibilité à certains aspects du bien-être ; d'autres trahissent l'influence de mythes idéologiques, par exemple que les peuples se gouvernent eux-mêmes ou que la révolution remplace le règne du droit par l'administration des choses. Mais c'est précisément une pensée pratique disciplinée et informée qui peut procurer une critique de ces concepts dans le but de surmonter les obstacles qu'ils placent sur la voie d'une claire analyse sur ce qui doit être fait »⁽¹³⁾. « Un théoricien qui doit décrire ne partage pas cet intérêt sur ce qui doit être fait. Mais il ne peut pas dans ses descriptions faire sans les concepts considérés comme les plus appropriés par les hommes raisonnables pour décrire pour eux-mêmes ce qu'ils pensent ce qu'il est le mieux de faire et de réaliser face à toutes les contingences, les mécompréhensions et les mythes auxquels ils sont confrontés dans leur pratique »⁽¹⁴⁾.

Finnis souhaite tirer tout le profit d'une analyse du droit du point de vue interne dès lors que ce point de vue interne est choisi

(12) John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law series, Oxford University Press, first published 1980 ; seconde édition 2011, voy. notamment pp. 3-19.

(13) FINNIS, ouvrage précité, p. 16.

(14) *Ibid.*

en raison du point de vue pratique qu'il nous ouvre sur le droit⁽¹⁵⁾. Selon lui, du point de vue interne, ce qui est important et significatif est ce qui se rapporte à l'autorité légitime du droit et à l'obéissance au droit. Il s'agit donc d'aller plus loin dans la signification du point de vue interne que ne l'avait fait Hart pour lequel il suffisait de constater l'acceptation des normes par les « officiels », sans distinguer et sans tenir compte des raisons que les officiels pouvaient avoir de considérer le droit comme une justification de leur action⁽¹⁶⁾. Contrairement à cette suspension du jugement et du champ de la théorie du droit chez Hart à la seule observation de l'importance de l'acceptation des règles par les juges en tant que règles, c'est-à-dire comme guide de conduite, Finnis souligne l'importance d'aller plus loin et de considérer les droites raisons pour l'acceptation des règles de droit. Pour marquer son indifférence du point de vue de la théorie du droit aux raisons ou motivations de l'acceptation des règles comme règles de conduites, Hart avait maladroitement évoqué la possibilité même de plusieurs types de raisons qui pouvaient conduire à l'acceptation des règles juridiques comme règles de conduites, des raisons morales ou des raisons d'opportunité, tel qu'un calcul d'intérêt à long terme ou une attitude traditionnelle de conformisme⁽¹⁷⁾. Mais, écrit Finnis, un homme qui serait concerné du point de vue interne par le respect du droit du fait du seul calcul d'intérêt à long terme et donc par un intérêt égoïste édulcore les intérêts de la fonction du droit comme réponse à un réel problème social. Il dilue son allégeance au droit alors que c'est une fonction élémentaire du droit et reconnue par tout le monde que de subordonner les intérêts personnels aux besoins de la société⁽¹⁸⁾. « S'il existe un point de vue pour lequel

(15) « So when we say that the descriptive theorist (whose purpose is not practical) must proceed, in his indispensable selection and formation of concepts, by adopting a practical point of view, we mean that he must assess importance or significance in similarities and differences within his subject-matter by asking what would be considered important or significant in that field by those whose concerns, decision and activities create or constitute the subject-matter » (p. 12).

(16) Voy. Julie DICKSON, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, p. 373.

(17) Hart a écrit dans un passage célèbre du *Concept de droit* que l'allégeance au système juridique peut être fondée sur des considérations d'intérêt à long terme, une attitude héritée ou traditionnelle sans plus d'implications. Mais ces observations étaient faites en ce qui le concerne dans le but de montrer que les raisons qui justifient le point de vue interne (regarder le droit comme une raison de conduite), étaient indifférentes pour la théorie du droit et que son enquête s'arrêterait à la seule considération du point de vue interne des règles et de l'importance de la distinction entre règles et régularités de comportement.

(18) Ouvrage précité, p. 14.

l'obligation juridique est regardée au moins de façon présomptive comme une obligation morale (et donc d'une grande importance pour être maintenue contre la conduite des passions), un point de vue pour lequel l'établissement et le maintien d'un ordre légal distinct d'un ordre discrétionnaire ou statiquement coutumier est regardé comme un idéal moral si ce n'est aussi l'expression d'une demande de justice, alors un tel point de vue constitue le cas central du point de vue légal. Car c'est seulement de ce point de vue que l'on peut voir que c'est une question d'importance primordiale que le droit en tant que système distinct des autres formes d'ordre social puisse venir à l'existence et donc devienne un objet de description pour le théoricien ».

La théorie du concept de droit chez Finnis est d'une très grande subtilité. Elle relève finalement sans doute plus d'une théorie politique et morale que d'une théorie du droit, en ce sens que Finnis ne prétend certainement pas dire que les règles de droit qui ne répondraient pas aux critères de justice et de bien commun qu'il établit ne seraient pas du droit valide. Il lui suffit de dire qu'elles ne sont pas moralement obligatoires.

Son approche méthodologique ne menace donc pas frontalement les méthodologies positivistes cherchant à décrire le droit ou les conditions par lesquelles la science du droit doit construire la vérité de ses énoncés. Pourtant le travail de Finnis a eu un écho considérable dans la théorie analytique du droit, y compris dans le courant juspositiviste, en ce sens qu'il conduisait à indiquer qu'il était impossible même d'un point de vue descriptif de ne pas sélectionner dans le phénomène juridique ce qui devait être considéré comme « essentiel ». L'approche de Finnis révélait en réalité aussi la proximité de sa méthode et celle du courant positiviste notamment chez Hart ou chez Joseph Raz et elle imposait alors de vérifier si la philosophie du droit dominante était bien positiviste et en quoi elle se distinguait de l'approche de Finnis. Hart a décidé que le point de vue interne de celui qui accepte les règles comme un standard pour sa conduite est important et donc il critique Austin en tant qu'il cherche à faire comme point critique le point de vue du citoyen cherchant à éviter la sanction. Et Raz considère comme central le point de vue du juge qui doit présenter le droit comme moralement justifié (que le juge y croit ou non).

Car, une partie importante des bases de l'approche de Finnis est partagée par une partie importante du courant positiviste. Hart lui-même avait souligné dans le *Concept de droit* l'importance qu'il y avait à faire attention aux « cas centraux ». Il y des obstacles redoutables avait-il écrit à l'emploi d'un type élémentaire de définition dans le cas du droit. On ne peut pas supposer que le concept de droit soit défini sur le postulat tacite que tous les cas particuliers visés par ce qu'on cherche à définir ont des caractéristiques communes qui se trouvent connotées par l'expression définie. Pour Hart, ce n'était pas tant la présence de cas limites qui pouvaient poser une difficulté que le fait que les différents cas particuliers visés par le concept de droit peuvent se trouver unis par différentes relations à un « élément central », par un « principe unificateur ». Dans une de ses notes sous le texte, il avait écrit, en se référant à Aristote, que ce qui est important pour un concept de droit est de prêter attention « aux différentes relations qui peuvent rapprocher » les cas particuliers à un « cas central », ou encore, renvoyant à Wittgenstein, il mettait l'accent sur les « ressemblances de famille »⁽¹⁹⁾.

On a rarement attiré l'attention sur ce point, et, comme Finnis l'observe lui-même, là réside une différence majeure entre Hart et Kelsen et une proximité entre lui et Hart. Kelsen retient un concept de droit compte tenu des caractères communs (le plus petit dénominateur commun comme le fait observer Finnis) à tous les systèmes institutionnels qui sont désignés comme du droit⁽²⁰⁾, ce

(19) « Le conseil de Wittgenstein est particulièrement pertinent pour l'analyse des termes juridiques et politiques. Considérant la définition du terme "jeu", il disait : "ne dites pas qu'ils doivent avoir quelque chose en commun, sous peine de ne pouvoir être appelés "jeux", mais observez et voyez s'ils ont tous ou non quelque chose en commun. Si vous les observez, vous ne verrez rien qui leur soit commun à tous, mais seulement des ressemblances et des relations, et vous en verrez toute une série" ».

(20) « *A priori*, il pourrait fort bien se faire que cette enquête aboutît à la conclusion que le mot droit ou ses équivalents dans d'autres langues servent à désigner des objets si différents qu'ils ne peuvent pas être réunis sous une notion commune. En fait, tel n'est pas cependant le cas. En effet, lorsque nous comparons les uns avec les autres les objets qui sont qualifiés de droit chez les peuples les plus différents et aux époques les plus éloignées, il apparaît d'abord qu'ils se présentent tous comme des ordres de la conduite humaine [...]. Un autre caractère distinctif commun aux ordres sociaux que l'on appelle droit est que ce sont des ordres de contrainte, cette dernière expression soulant dire qu'ils réagissent par un acte de contrainte à certaines circonstances considérées comme indésirables parce que socialement nuisibles » (*Théorie pure du droit*, p. 39. « Le droit est un ordre de contrainte. Si nous appelons "ordres juridiques" tous les ordres sociaux dont le contenu varie considérablement et qui ont prévalu à diverses époques chez les peuples les plus disparates, nous pourrions croire que cette expression est quasiment dénuée de sens. Qu'y a-t-il en effet de commun entre le prétendu droit de la Babylone antique et le droit aujourd'hui en vigueur aux États-Unis ? Entre l'ordre social d'une tribu africaine soumise à un chef despotique, ordre également appelé "droit", et la constitution de la République suisse ? Il existe pourtant un élément commun qui justifie

qui le fait regarder le droit comme une technique de contrainte sociale (et remplacer le terme de règles par celui, plus général et plus neutre de norme).

Hart a été le premier, autour de sa célèbre théorie du « point de vue interne », à proposer l'idée qu'une théorie du droit pertinente devait partir non du point de vue de ceux qui regardent le droit d'un « point de vue externe » comme une obligation à suivre uniquement sous la menace d'une sanction et les normes comme la prédiction de ce que pourrait faire le juge, mais du point de vue interne, c'est-à-dire celui de ceux qui regardent les règles comme des modèles pour leur action et des justifications pour leur conduite et le jugement de la conduite des tiers⁽²¹⁾. C'est un point important, non pas que Hart ignore que, dans bien des cas, les acteurs soumis au droit adoptent bien un point de vue externe en obéissant au droit pour la seule crainte d'une sanction en cas de désobéissance. Certes, en dernier ressort chez Hart la justification de ce point de vue est qu'un tel point de vue permet de mieux décrire les systèmes juridiques, car, pour lui, il ne saurait y avoir de système juridique si au moins ce que Hart appelle les « officiels » n'agissent pas en revendiquant le point de vue interne. Il n'a pas nié que la construction d'une théorie pertinente implique ainsi des jugements évaluatifs en ce qui concerne les caractères du droit qui doivent être placés au cœur de l'explication. Il admet que s'agissant de la théorie du droit, il se peut qu'une place im-

pleinement cette terminologie et permet au mot « droit » d'apparaître comme l'expression d'un concept dont la signification revêt d'un point de vue social une importance capitale. Le mot se rapporte en effet à la technique sociale spécifique à tout ordre de contrainte. Malgré les différences colossales qui séparent le droit de la Babylone antique et celui des États-Unis d'aujourd'hui, le droit des Ashanti d'Afrique occidentale et celui de la Suisse, cette technique sociale est en essence la même pour tous ces peuples, nonobstant leurs particularités temporelles, spatiales et culturelles : elle consiste à provoquer la conduite individuelle socialement désirée en prévoyant qu'un acte de contrainte doit être appliqué en cas de conduite contraire. Quelles sont les conditions sociales qui rendent cette technique nécessaire, c'est là une question sociologique d'une importance cruciale. [...] Si l'ordre social devait à l'avenir perdre son caractère d'ordre de contrainte, si la société devait exister sans "droit", alors la divergence entre cette société du futur et celle d'aujourd'hui serait autrement vaste que la différence entre les États-Unis et la Babylone antique, entre la Suisse et la tribu Ashanti » (*Théorie générale du droit et de l'État*, trad. française LGDJ, pp. 69-70).

(21) Sur la caractérisation du point de vue interne chez Hart, voy. notamment Scott J. SHAPIRO, « What is the internal point of view », *Fordham Law Review*, 75, 2006, p. 1157. Voy. aussi J.-Y. CHÉROT, « La question du point de vue interne dans la science du droit », *RIEJ*, 2007, 59, p. 17. Raz, de son côté, a fait référence à ce qu'il appelle « le point de vue légal (« *the legal point of view* ») qui est le point de vue des gens qui « croient dans la validité des normes et les suivent » (*Practical Reason*, p. 177). Le point de vue interne ou le point de vue légal sont ainsi comme l'explicitera aussi Raz les points de vue qui expriment la revendication du droit pour l'autorité.



portante doive être faite aux croyances et valeurs morales sur le droit. Mais, pour Hart, à la différence de Finnis, si le théoricien du droit peut faire des jugements d'évaluation, dans la mesure où il affirme que ces jugements moraux et ces croyances sont importants pour l'explication, il peut le faire sans être lui-même dans la situation de proposer une sorte de justification morale pour leur prise en considération⁽²²⁾.

En s'inscrivant dans la lignée de Hart et du positivisme méthodologique, Julie Dickson, qui a été une des premières à rendre compte de façon systématique du « tournant méthodologique »⁽²³⁾, est d'accord avec Finnis sur le fait que les théoriciens doivent évaluer ce qui est important et significatif dans leur analyse des idées sur le droit de la part des acteurs du droit, de telle sorte que la théorie du droit doit être plus qu'une liste de divers éléments nécessaires et suffisants dans l'application du concept de droit. Il convient de rendre compte de ce qui est essentiel dans les cas centraux. La théorie du droit doit nous aider à nous comprendre nous-mêmes et notre univers social en termes de droit, de telle sorte que le théoricien doit faire des jugements évaluatifs sur l'importance de son domaine d'étude et doit le faire d'une façon qui est en relation avec les auto-compréhensions du droit déjà reçues par ceux qui créent, administrent et sont soumis au droit. Certaines de ces auto-compréhensions incluent des croyances morales à l'égard du droit, par exemple la croyance reçue par certains que le droit crée des obligations morales de lui obéir de telle sorte que la nature et l'existence de ces croyances et de ces attitudes sur le droit sont des aspects importants du droit qu'il faut expliquer.

(22) « An analysis which allots a place to moral claims and beliefs as constituents of social phenomena must itself be guided, in focusing on those features rather than others, by some criteria of importance of which the chief will be the explanatory power of what his analysis picks out. So his analysis will be guided by judgements, often controversial, of what is important and will therefore reflect such meta-theoretic values and not be neutral between all values. But again there is nothing to show that this analysis is not descriptive but normative and justificatory » (HART, « Comment », in *Issues in Contemporary Legal Philosophy : the Influence of Hart*, 1987, p. 39). Voy. aussi le texte de la postface dans sa réponse à Dworkin : « Mon propos est descriptif en ce qu'il est moralement neutre et ne poursuit aucun but justificatif : il ne cherche pas à justifier ou à recommander sur une base morale ou autre les formes et les structures qui apparaissent dans ma description générale du droit ». Il ajoute aussi : « bien qu'une compréhension claire de celles-ci constitue, selon moi, un important préalable à toute critique morale utile du droit » (p. 257).

(23) Julie DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, 2001 ; « Methodology in Jurisprudence : A Critical Survey », *Legal Theory*, 10, 2004, p. 117.



Julie Dickson est ainsi d'accord avec Finnis pour considérer que les critères de ce qui est significatif et important à expliquer dans le droit relèvent de caractères qui ont de l'importance pour les questions morales que se posent les acteurs du droit et les acteurs soumis au droit (notamment la revendication du droit pour l'autorité légitime est importante parce qu'elle est en rapport avec la question du devoir d'obéissance au droit). Dickson pense cependant que les critères pour choisir ce qui est important sont assez objectifs pour ne pas impliquer une participation des théoriciens au point de vue interne et pour permettre de distinguer leur point de vue (un point de vue externe) de celui des acteurs.

Reste cependant la question sur laquelle butent les positivistes, dès lors qu'ils admettent qu'il faut choisir et sélectionner dans le phénomène juridique ce qui est important et significatif. La question est de savoir s'il existe un critère ou des critères neutres et objectifs à partir desquels reconnaître ce qui est important et significatif dans le phénomène juridique. La réponse de Julie Dickson est que dire que le fait qu'une certaine caractéristique du droit (X) est une caractéristique importante peut être supporté (i) *par le fait* que (X) est une caractéristique que le droit montre de façon invariable et donc qui révèle le mode distinct du fonctionnement du droit ; (ii) par la prévalence et les conséquences de certaines croyances de la part des sujets du droit relativement à (X), indiquant ainsi sa centralité pour notre auto-compréhension ; (iii) par le fait que (X) en question porte sur des questions d'importance pratique pour nous ; (iv) et/ou par la manière dont (X) est en rapport avec des questions d'évaluation morale telles que celle de savoir si ce caractère et l'institution sociale qu'il révèle sont une bonne chose ou une mauvaise chose⁽²⁴⁾.

Cette réponse n'est pas pleinement satisfaisante. Il faudrait analyser d'une façon plus attentive que ce que nous allons faire chacune des quatre rubriques proposées par J. Dickson pour justifier, d'un point de vue neutre et extérieur au point de vue interne des acteurs, ce qui est significatif et central dans le concept de droit, mais, on voit bien que la première raison qu'elle propose renvoie à l'idée, rejetée par Finnis au nom de la théorie des « cas centraux », de ce qui peut être commun et invariable dans tous les systèmes juridiques. La deuxième renvoie à un des faits (la prévalence de

(24) « Methodology in Jurisprudence [...] », art. précité, p. 126.

certaines croyances), mais ces faits (les croyances) sont précisément très divers et ne peuvent justifier une sélection du point de vue neutre du chercheur. La troisième raison rend les armes à Finnis, parce que si ce qui décide de la sélection du chercheur est ce qui a le plus d'importance pratique pour nous (un « nous » qui englobe les acteurs et le chercheur ?), nous sommes renvoyés à un choix de philosophie morale et politique.

En réalité, la formulation de la quatrième raison donne une des clefs de la position défendue par Julie Dickson et par les positivistes, en ce sens que s'ils proposent de tenir séparées la théorie du droit et la théorie morale et politique, la théorie du concept de droit peut être considérée comme ayant des rapports avec les questions que se pose la théorie morale et politique. Que certaines caractéristiques soient liées à la croyance dans le devoir d'obéissance au droit, que le droit réclame une autorité morale et que certaines personnes regardent le droit comme créant des obligations morales de lui obéir constituent donc de très importantes caractéristiques du droit que la théorie du droit doit clarifier du point de vue scientifique, parce qu'elles sont aussi des questions fondamentales du point de vue de la théorie politique et morale, mais sans que le théoricien du droit ait à prendre position sur la question de savoir si et à quelles conditions cette revendication et ces croyances sont légitimes. Julie Dickson pense que la réponse à ces questions d'un point de vue moral n'est possible que si nous avons d'abord une prise en considération analytique des caractères importants du droit. « Si nous devons être capables de répondre aux questions d'évaluation directe telles que celle de savoir si et à quelles conditions les normes doivent être obéies, alors nous avons besoin de savoir quelque chose sur la façon dont ces normes et l'institution sociale dont elles sont issues fonctionnent. En nous demandant si nous devons obéir au droit, nous sommes en train de nous demander si nous devons obéir à une sorte particulière d'institution sociale qui diffère d'autres sortes d'institutions sociales en ce qu'elle opère à travers des moyens de procédure et institutionnel particuliers. Nous devons savoir donc ce que ces moyens procéduraux sont dans le but d'avoir l'information pertinente pour essayer de répondre à la question de savoir si le droit doit faire l'objet d'obéissance »⁽²⁵⁾.

(25) J. DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, 2001, p. 135.

Le débat méthodologique qui oppose les tenants d'une méthodologie moralement neutre (Voy. notamment les positions de Hart, Raz, Dickson) et ceux d'une méthodologie normative (Finnis) est parfois présenté comme une expression du débat sur les thèses substantielles concernant les rapports entre le droit et la morale opposant traditionnellement les positivistes et les jusnaturalistes. Mais les deux thèses méthodologiques et substantielles ne sont pas corrélées conceptuellement⁽²⁶⁾. À vrai dire, les thèses sur la séparation droit et morale dépassent largement le seul débat du jusnaturalisme⁽²⁷⁾. Il faut surtout ajouter que, de nos jours, c'est plus sur le terrain méthodologique que sur le terrain substantiel que l'on trouve une différence entre les thèses positivistes et les thèses jusnaturalistes, le débat entre positivisme juridique et jusnaturalisme s'étant déplacé sur le terrain méthodologique (« qu'est-ce que la théorie du droit ? ») et donc sur l'objet de la théorie du droit⁽²⁸⁾. Si Finnis demande un engagement du théoricien du droit sous l'angle de la philosophie morale et politique, c'est qu'il lui demande de se prononcer sur les conditions que doit avoir le droit pour mériter cette obéissance qu'il réclame et qu'il cherche à donner par ailleurs les raisons qui justifient l'obéissance au droit. Cela serait l'objet

(26) Les thèses méthodologiques et substantielles ne sont pas corrélées de façon simple. Ce qu'on peut appeler le « positivisme méthodologique », et même, avec S. PERRY (« Hart's Methodological Positivism », *Hart's Postscript*, précité, p. 311), le « positivisme juridique méthodologique » (« Methodological legal positivism »), ne se prononce pas sur l'absence de lien ou de liaison nécessaire entre le droit et la morale, il défend l'idée d'une absence de lien ou d'un lien distendu et indirect entre la morale et la théorie du droit et les thèses sont donc logiquement indépendantes. Voy. aussi John Oberdiek and Dennis Patterson : « This second-order methodological question is not unrelated to jurisprudence's traditional first-order concerns, to be sure, as the role of evaluation, and indeed the role of moral theorizing more specifically, figures prominently in the methodological inquiry much as it does in the first-order debate among positivists, interpretativists, natural law theorists about the role that morality plays or can play as criteria of legality. But the methodology debate has a cast all its own – it is a mere proxy war between rival positivists and their mutual foes. In the first instance, second-order methodological positions on the role of moral evaluation in jurisprudence do not correspond directly to first-order positions regarding the relationship between legality and morality » (« Moral evaluation and conceptual analysis in Jurisprudential Methodology », in Ross HARRISON ed., *Current Legal Issues : Law and Philosophy*, Oxford UP, 2007).

(27) La thèse que le respect du droit naturel est une condition de validité des règles du droit positif n'est plus défendue, si elle l'a jamais été par les grands philosophes du droit. Que la morale ou la moralité soit à certaines conditions une condition de validité du droit est accepté par un large courant au sein du positivisme (positivisme dit inclusif). La présentation du débat sur les relations droit et morale recouvre une telle complexité qu'il est plus que réducteur de la présenter dans une opposition entre deux thèses dites du juspositivisme et du jusnaturalisme.

(28) Voy. sur ce point notamment Brian Bix, « On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism », *Notre Dame Law Review*, 75, 1999, 2000, p. 1613.

de la théorie du droit de type jusnaturaliste que de répondre à la question de l'obéissance au droit. Alors que pour Raz ou Dickson, si le droit revendique une autorité morale à être obéi, ce n'est pour eux précisément qu'une simple revendication : les conditions de vérité de réalisation de cette revendication ne relèvent pas de la théorie du droit, mais de la philosophie politique et morale. Le rôle de la théorie du droit se limite à présenter un concept analytique du droit dans lequel la revendication du droit à la légitimité et à devoir être obéi est simplement comprise comme une revendication centrale de ce qu'est le droit de telle sorte qu'il revient à l'analyse conceptuelle du concept de droit de clarifier et d'expliciter leur signification et leurs conséquences analytiques. Mais il faut bien par ailleurs relever que la distance entre les approches est assez faible. D'une part, comme cela a été dit, Finnis ne prétend pas que les règles qui ne mériteraient pas d'être moralement obéies ne sont pas valides. Et Hart, a affirmé que s'il fallait garder distincts la question de la validité du droit et la question de la justice et de la moralité des règles, c'était bien en raison de l'utilité du point de vue de la philosophie politique et morale à éduquer le citoyen à ne pas confondre les deux.

En réalité, malgré les distances avec Finnis – et elles sont réelles – l'importance du point de vue de Finnis est marquée dans les interrogations persistantes sur la réalité ou la stabilité du positivisme juridique méthodologique chez Hart⁽²⁹⁾ et par ailleurs dans le renouveau de ce que certains appelle le « positivisme éthique » ou « normatif »⁽³⁰⁾. Selon Liam Murphy⁽³¹⁾, il faut admettre qu'il faut aller au-dessous des équivoques superficielles dans le concept de droit tel qu'il est employé. Les raisons pour lesquelles les philosophes produisent des arguments ingénieux pour leur façon préférée de tracer les frontières entre le droit et la morale sont que ces différentes options reflètent des vues politiques différentes. Ces raisons de type de philosophie morale et politiques sont en relation avec ce que Raz appelle les façons par lesquelles nous comprenons notre société et le rôle des autorités politiques. Aussi la méthodo-

(29) Voy. notamment S. PERRY, « Hart's Methodological Positivism », *Hart's Poscript*, précité, p. 311.

(30) Voy. Jeremy WALDRON, « Normative (or Ethical) Positivism », *Hart's Poscript*, précité, p. 410. Voy. aussi la tentative de clarifier cette question par Andrei MARMOR, « Legal positivism : Still descriptive and Morally Neutral », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, 26, n° 4, p. 683.

(31) Liam MURPHY, « Concepts of Law », *Australian Journal of Legal Philosophy*, 30, 2005, p. 2.

logie qui a sa faveur pour penser les frontières du droit est celle que l'on pourrait appeler une méthodologie pratique : la meilleure façon de placer la frontière entre le droit et la morale est celle où elle aura le meilleur effet sur notre auto-compréhension comme société et sur notre culture politique. Et, rappelle-t-il, c'est cette méthode qui a eu les faveurs de Bentham et de Hart.

2. – DWORKIN ET LA MISE EN CAUSE D'UNE SCIENCE DU DROIT EXTERNE

Dworkin propose une nouvelle théorie du droit (le « droit intégrité »), mais d'une certaine façon, sa revendication la plus radicale et surprenante ne tient pas dans le fait qu'il conteste l'erreur qu'aurait commise les philosophes du droit avant lui sur la nature du droit, mais dans le fait qu'ils se seraient trompés sur la nature de la philosophie du droit et de la théorie du droit⁽³²⁾.

Ronald Dworkin met en cause l'idée que la théorie du droit serait en mesure de définir des critères sur ce qui est le plus significatif dans le droit, de telle sorte le concept de droit permettrait de rendre compte scientifiquement du droit ou des thèses sur ce qu'est le droit ou sur la validité des thèses sur le droit au moins dans les cas centraux.

L'essentiel de l'argument réside dans le fait que le « désaccord théorique » sur le droit rend erronée toute approche du droit par des critères de définition de ses fondements⁽³³⁾. Dworkin a récusé

(32) Sur cette observation, voy. J. RAZ, « Two Views of the Nature of Law : A Partial Comparison », in *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, p. 47.

(33) Le désaccord empirique relève d'un désaccord sur le contenu du droit tel qu'il est par ailleurs défini par des critères non discutés. Le désaccord théorique porte sur les critères qui définissent le droit ce qui revient à un désaccord sur le fondements du droit : « Nous pouvons distinguer deux sortes de désaccord possibles entre les juristes et les juges sur la véracité d'une thèse juridique. Ils pourraient être d'accord sur les fondements du droit, mais ils pourraient être en désaccord quant à savoir si ces fondements sont en fait respectés dans un cas particulier. (...) C'est ce que nous pourrions appeler désaccord empirique sur le droit, ou bien, ils pourraient ne pas être d'accord sur les fondements du droit, sur les autres genres de thèse qui, lorsqu'elles sont vraies, font apparaître comme vraie une thèse juridique donnée. Ils pourraient s'accorder sur le mode empirique, à propos de ce qu'ont à dire les codes et les précédents verdicts sur le dédommagement dans les cas d'une blessure infligée par un semblable, mais ne pas être d'accord sur ce qu'est en fait la loi de dédommagement, car ils ne sont pas d'accord pour savoir si les codes et les décisions judiciaires vont jusqu'au bout des fondements adéquats du droit. C'est ce que nous pourrions appeler désaccord 'théorique' sur le droit » (R. DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. franç. PUF, coll. « Recherches politiques », 1994, p. 5).

les deux idées présentées par les positivistes pour faire face au phénomène du désaccord théorique sur le droit.

La première idée, rappelle Dworkin, consiste à dire que là où on observe un désaccord théorique sur le droit, il n'y a pas de droit et que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire. « Si le positivisme a raison, alors, l'apparence d'un désaccord théorique sur les fondements du droit nous égare dans une certaine mesure. Dans ces affaires, les institutions juridiques antérieures ne s'étaient pas prononcés dans un sens ou dans l'autre, et les juristes qui faisaient un usage correct du mot « droit », suivant le positivisme, se seraient accordés pour dire qu'il n'y avait pas de loi à découvrir. Leur désaccord devait donc être un débat déguisé sur la nature idéale du droit »⁽³⁴⁾. Une telle réponse ne lui paraît pas pertinente en raison de ce que les juges ne comprennent pas, dans les cas de désaccords sur le droit, les choses de cette façon. Ils ne reconnaissent pas qu'il n'y a pas de droit et qu'ils se querellent sur la façon d'exercer un pouvoir discrétionnaire ; bien au contraire, ils affirment clairement en avançant des arguments qu'il y a du droit. Ils ne sont tout simplement pas d'accord sur ce qu'est le droit. Il ne serait pas non plus possible d'admettre que les juges jouent une comédie au profit du public parce que le public serait incapable de comprendre une affirmation revendiquée de l'absence de droit. Une analyse en faveur d'une « conspiration » des juristes et juges « à maintenir systématiquement la vérité à distance de l'opinion publique pour ne pas lui enlever ses illusions » manque de force de persuasion⁽³⁵⁾. « Si les juristes reconnaissent tous qu'il n'existe pas de loi déterminante dans les affaires qui nous ont servi d'exemples, pourquoi alors, ce point de vue ne fait-il pas partie depuis longtemps de notre culture populaire en matière de politique (...). En fait, il n'existe pas de preuve positive d'aucune sorte que, en cas de désaccord apparent, juristes et juges se livrent en réalité à un pieux mensonge »⁽³⁶⁾.

La deuxième approche du désaccord en droit chez les positivistes ne reçoit pas meilleur accueil de la part de Dworkin. Cette deuxième approche évoque le fait que le désaccord ne remet pas en cause l'approche du concept de droit à partir d'un critère de référence de type scientifique parce que le désaccord ne porterait pas

(34) *L'empire du droit*, p. 39.

(35) *L'empire du droit*, p. 40.

(36) *L'empire du droit*, pp. 40-41.

sur les cas centraux, mais sur les « cas périphériques ». Mais pour Dworkin un tel argument tombe aussi car, si tel était le cas, le débat sur le droit auquel les théoriciens et les juges accordent tant d'importance n'aurait pas lieu d'être car on ne se bat pas sur la définition d'un concept ou d'un terme dans les cas périphériques. Tout le monde est d'accord pour savoir ce qu'est une maison ou un livre. Et même si on peut hésiter dans certains cas sur le fait par exemple que le Palais de Buckingham soit une maison ou une brochure de publicité soit un livre, ce sont des cas périphériques et personne ne songerait à perdre du temps à discuter du concept de maison ou de livre à propos des difficultés de qualification dans de tels cas. Bien au contraire, les cas où se manifeste le désaccord en droit donnent lieu à des discussions significatives. C'est bien que le désaccord porte sur des cas centraux pour la compréhension du droit.

Dworkin précise son argument dans une forme bien connue : il dit que toutes ces théories et notamment la théorie de Hart sont fautives parce qu'elles sont des « théories sémantiques » sur le mot droit ou sur l'usage du concept de droit. Les théoriciens du positivisme seraient touchés par le « dard sémantique » (*semantic sting*).

Pour Dworkin, il faut reconnaître que le jugement judiciaire n'est pas produit en fonction d'une méthode scientifique. C'est un acte argumentatif qui ne peut être évalué à l'aide d'un test positif⁽³⁷⁾. Mais cela ne signifie pas que tous les arguments et que les jugements se valent. Le droit comme pratique argumentative relève d'une approche interprétative de type constructif qui se préoccupe non de cause mais de but et de valeurs en jeu dans la représentation de la pratique sociale⁽³⁸⁾. Si le droit fait l'objet de désaccords théoriques touchant à des considérations de philosophie politique et morale, l'approche méthodologique du concept de droit et la façon de faire de la théorie du droit s'en trouvent profondément affectées. Rendre compte de la signification du désaccord c'est, pour Dworkin, imposer au théoricien d'adopter le point de vue interne des acteurs, de s'engager avec eux dans le débat d'ordre moral sur la pratique interprétative du droit dans un système juridique don-

(37) Voy. J. ALLARD, *Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001.

(38) « Dans toute construction, il s'agit de superposer un but à un objet ou à une pratique pour en faire le meilleur exemple possible de la forme de genre dont ont le donne pur représentant » (*L'empire du droit*, p. 56).



né. La théorie du droit ne peut être elle-même qu'une partie, un élément de la démarche interprétative constructive à l'œuvre dans le jugement de droit. La philosophie du droit est donc interne à la pratique du droit dans un système juridique donné. Il n'y a plus de distinction entre le droit et la science du droit. La philosophie du droit, en d'autres termes, ne peut se contenter de décrire le désaccord sur le droit. Elle doit restituer le sens du désaccord théorique sur le droit. Elle ne peut en rester de l'extérieur à rapporter les prétentions de toutes les argumentations conflictuelles. Elle doit prendre partie du point de vue interne à la controverse et le seul scepticisme qui serait acceptable serait encore un « scepticisme interne » qui devrait se fonder lui-même sur des arguments moraux internes. La discussion ouverte par Dworkin ressemble au premier abord à celle ouverte par John Finnis, puisqu'il est aussi question de la mise en cause de la méthodologie descriptive et neutre qui est celle de Hart dans l'approche du concept de droit au profit d'une théorie morale et politique du droit. Mais la discussion ouverte par Dworkin est cependant très différente de celle ouverte par Finnis.

La critique de Dworkin à l'égard du positivisme méthodologique est d'une certaine façon beaucoup plus radicale que celle de Finnis. John Finnis avait également souligné la charge évaluative et morale de toute analyse du concept de droit. Mais il conservait l'idée que le théoricien du droit, tout en devant faire un choix moral, restait dans son rôle de théoricien, un rôle descriptif de ce qui est l'essence de tous les systèmes juridiques (les systèmes qui relèvent des « cas centraux » comme ceux qui relèvent des « cas périphériques »). L'approche méthodologique de Finnis impliquait une forte ontologie. Elle en appelait à une philosophie jusnaturaliste. R. Dworkin voit les choses différemment. Il ne prétend plus devoir chercher un concept de droit universel et applicable à tous les systèmes juridiques – il critique d'ailleurs le projet même d'une théorie générale du droit descriptive (qu'elle implique le recours à des évaluations morales ou non) et reste marqué sur le plan philosophique par le non-cognitivism à l'égard des valeurs.

Il n'y a pas d'ontologie forte chez Dworkin qui entreprend une défense très différente de l'objectivité du droit, une objectivité interne à cette pratique interprétative contre laquelle, selon lui, le seul scepticisme qui puisse être invoqué est un « scepticisme



interne » au droit, c'est-à-dire un scepticisme qui doit encore être défendu par des arguments moraux⁽³⁹⁾.

Dworkin dérange la méthode de la théorie du droit jusqu'à la remise en cause, sous le mot de ce qu'il appelle les « théories sémantiques du droit », de l'analyse conceptuelle par référence à des critères caractéristiques du droit.

Naturellement, la présentation brillante et enlevée de Dworkin a provoqué sur le terrain même de la méthode de la théorie du droit des réactions nombreuses, certaines, comme celle de Hart dans la postface de la deuxième édition du *Concept de droit*, pleines de perplexité, d'autres, comme celles de Joseph Raz⁽⁴⁰⁾ ou de Jules Coleman⁽⁴¹⁾, plus incisives, jouant sur une acceptation partielle des apports de Dworkin, mais reprenant certaines de ses analyses pour les retourner contre lui.

Nous limiterons l'analyse aux réponses qui tentent de sauver l'analyse conceptuelle en tenant compte de la reconnaissance que dans la pratique naissent et se renouvellent des désaccords sur les buts et le sens de la pratique elle-même⁽⁴²⁾. La réaction suit les lignes suivantes. Elle consiste à dire que les explications offertes par l'analyse conceptuelle en tant qu'elles cherchent à relever les critères pertinents pour l'application du concept de droit et sa compréhension ne sont pas rendues impossibles par l'existence des désaccords théoriques sur le droit dont l'existence n'est pas contestée (même si elle est parfois relativisée⁽⁴³⁾). Comme l'écrit

(39) Sur la distinction entre scepticisme externe et scepticisme interne chez Dworkin, voy. principalement « Interprétation et objectivité », dans R. DWORKIN, *Une question de principe* (1985), Paris, PUF, 1996, pp. 210 et s. ; R. DWORKIN, *L'empire du droit* (1986), Paris, PUF, 1994, pp. 84-95 ; lire surtout « Objectivity and truth : You'd Better Believe It », dans *Philosophy and Public Affairs*, 25, 1996, p. 87. Sur ce thème, la critique adressée à Dworkin par Brian LEITER, « Objectivity, Morality and Adjudication », in B. LEITER (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, New York, Cambridge UP, 2001 et J.-Y. CHEROT, « La distinction du scepticisme externe et du scepticisme interne chez Dworkin », *Analisi e Diritto*, 2009, p. 155.

(40) Voy. en particulier J. RAZ, « Two Views of the Nature of the Theory of Law : A Partial Comparison », in *Hart's Postscript*, Oxford UP, 2001, p. 1, réédité in RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, 2010, p. 47. Voy. aussi ENDICOTT, « Hart and the Semantic Sting », *Hart's Postscript*, précité, p. 39.

(41) Voy. notamment *The Practice of Principle*, Oxford, 2001.

(42) D'autres discussions peuvent être menées. L'analyse dworkinienne mêle étroitement la théorie du droit et la théorie de l'adjudication judiciaire. Or, d'une part, il n'est pas aussi évident que le présente Dworkin que les prémices des décisions de justice se trouvent dans les propositions de théorie du droit. D'autre part, la théorie du droit en tant qu'elle rend compte de notre auto-compréhension du droit ne se contente pas de rendre compte de l'adjudication.

(43) C'est un point que l'on n'abordera pas ici.



J. Raz⁽⁴⁴⁾, il y a bien des raisons pour lesquelles il peut y avoir des occasions de désaccords intelligibles dans le cadre même d'une analyse conceptuelle, donc une possibilité d'en rendre compte d'un point de vue externe, à la condition d'approfondir la méthode de l'analyse conceptuelle.

Il convient de rappeler que dans l'analyse conceptuelle du concept de droit chez les positivistes, il n'est pas question de rendre compte des règles d'emploi d'un mot tel que le mot « droit » ou du mot « *law* » tel qu'il figure dans le dictionnaire, mais, de rendre compte, ce qui est différent, des règles d'usage du concept de droit tel qu'il est utilisé par ceux qui l'emploient dans une pratique avancée du droit pour rendre compte de leur auto-compréhension du phénomène juridique. Il faut rappeler également la théorie qu'ils revendiquent à travers la recherche des cas centraux ce qui est l'essentiel dans le phénomène juridique au regard de notre auto-compréhension du droit. Dans ces conditions, la critique dworkinienne selon laquelle les théories positivistes sont frappées du « dard sémantique » est certainement excessive⁽⁴⁵⁾.

Mais la théorie positiviste du concept de droit doit néanmoins affronter la thèse dworkinienne en tant qu'elle met l'accent sur le « désaccord théorique » sur le droit dans le cadre même d'une explication de la pratique du droit par référence à des critères sur ce qu'est le droit.

J. Raz défend l'idée que l'existence des désaccords en droit ne remet pas en cause l'idée qu'il puisse y avoir une discussion rationnelle sur le droit qui puisse faire l'objet d'une description de l'extérieur du point de vue du théoricien de telle sorte que les désaccords ne remettent pas en cause l'analyse conceptuelle.

C'est possible, d'abord, parce qu'avoir un concept et le comprendre n'implique pas qu'il soit nécessaire pour les acteurs d'en avoir une connaissance complète et affinée. Certains désaccords pourraient bien ainsi n'être que le résultat d'erreurs dans l'application des critères du concept de droit de la part de certains des acteurs. L'analyse conceptuelle permet alors de rendre compte des arguments par lesquels, dans la controverse sur le droit, il est

(44) « Two Views of the Nature of the Theory of Law », art. précité.

(45) Voy. sur ce point Timothy ENDICOTT, « Herbert Hart and the Semantic Sting », *Hart's Postscript*, précité, p. 39.



possible de dénoncer de façon rationnelle et compréhensible par chacun, une erreur ou une mécompréhension de ce qu'est le droit.

Par ailleurs, le concept de droit a assez de profondeur, de dimensions et permet de répondre à assez d'interrogations et d'intérêts, pour que les explications du concept ne puissent être si transparentes qu'elles laisseraient peu de place pour le doute sur leur usage correct, même dans des cas significatifs. Dans certains cas, du fait de cette complexité et du manque de transparence, parce que les disputes occupent des champs distincts, il se pourrait que les parties aient des difficultés à se rendre compte que des explications, apparemment divergentes, convergent en fait vers des théories compatibles.

Raz ajoute encore que les désaccords peuvent être en lien non pas avec les critères les plus généraux et les plus abstraits du concept de droit, mais avec les critères plus concrets qu'il faut utiliser dans la mise en œuvre des critères les plus abstraits, tant il est vrai que l'analyse conceptuelle ne se borne pas à définir les critères d'un concept, mais qu'elle met aussi en relation différents concepts entre eux⁽⁴⁶⁾. Ainsi, même les acteurs qui ont une compète compréhension du concept de droit pourraient se trouver en désaccord sur les conditions de vérité des propositions sur le droit dans tel ou tel cas en faisant application à ces cas concrets de critères secondaires d'application du concept de droit.

En tout état de cause, même les explications théoriques et philosophiques dont la vocation est d'offrir la prise en compte la plus complète d'un concept ne peuvent, devant le caractère vague d'un concept tel que le concept de droit, toujours offrir une réponse adéquate à toutes les questions. Comme l'écrit encore J. Raz, il se peut qu'à certaines questions, le théoricien ne puisse pas répondre, s'il doit respecter jusqu'à un certain point le caractère du concept. De telle sorte qu'il n'y a parfois aucune réponse à la question telle que : « est-ce que c'est un système juridique ? ».

(46) Selon Raz (art. précité), on ne peut pas remettre en cause l'existence de critères d'application d'un concept parce qu'il y a des désaccords seulement sur des concepts secondaires impliqués dans l'application des critères principaux. Par exemple, on peut être d'accord sur ce qu'est une « guerre juste » en s'accordant sur le fait que c'est une mesure proportionnée et impliquant la comparaison des maux évités et des maux causés par la guerre, mais ne pas être d'accord sur les méthodes de comparaison des maux impliqués (par exemple, faut-il prendre en considération les coûts de réparation de la guerre ?).



Il reste que les discussions sur le droit ne sont pas que l'expression de l'absence de maîtrise du concept de droit par certains des acteurs, ou encore le résultat du caractère vague du concept ou encore le résultat de l'absence de transparence des explications conceptuelles. Elles tiennent aussi, c'est le point clef chez Dworkin, au fait que ces désaccords peuvent avoir en eux-mêmes une signification et une pertinence en ce qu'ils révèlent des points de vue normatifs et évaluatifs indissociables d'une analyse théorique de la pratique du droit. Pour autant, les règles communes d'usage du concept contiennent elles-mêmes l'acceptation des arguments normatifs et évaluatifs. Selon ces règles communes, certains arguments normatifs ne pourraient certainement pas être reçus comme pertinents. Par ailleurs, le désaccord ne peut être généralisé. Il ne pourrait remettre en cause les éléments essentiels du droit comme pratique sociale. Comme Raz l'écrit encore, la clarification des concepts évaluatifs doit jouer un rôle important dans les disputes normatives. La plupart du temps nous ne voulons ni ne pouvons, du moins du point de vue de nos intérêts pratiques, rejeter les concepts que nous avons. Nous avons besoin de concepts pour pouvoir critiquer ou rejeter d'autres concepts⁽⁴⁷⁾.

Le fait que le concept de droit puisse être présenté comme un concept disputé n'indiquerait pas nécessairement qu'il soit impossible d'ouvrir une discussion rationnelle sur le droit ou sur ce qu'est ou sur ce qu'implique l'idée de droit et dont il serait possible sur le plan philosophique de rendre compte du point de vue externe. Cela a été montré par W.B. Gallie dans sa présentation de ce qu'il appelle par ailleurs les « concepts essentiellement controversés » ou « disputés »⁽⁴⁸⁾. On ne sait si le droit pourrait être placé sous cette appellation⁽⁴⁹⁾, mais l'approche de Gallie des concepts essen-

(47) L'argument reprend et la retourne contre lui une thèse de Dworkin contre ce que Dworkin nomme le « scepticisme externe ».

(48) Voy. la notion de « concept essentiellement controversé » au sens que donne à ce terme W.B. Gallie : voy. W.B. GALLIE, « Essentially Contested Concepts », *Meeting of the Aristotelian Society*, March 1956, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 56, (1955-1956), pp. 167-198. Gallie propose ainsi de rendre compte du fonctionnement de l'application et des argumentations sur les notions de démocratie ou de justice sociale. Gallie montre la possibilité de rendre compte de façon externe de la rationalité de tous les arguments échangés dans la présentation d'un « concept essentiellement controversé ». Si le théoricien et le philosophe participent au débat et à l'échange sur la meilleure présentation et explication du concept essentiellement controversé, il est selon Gallie de la nature de ces concepts de pouvoir rendre compte de la nature rationnelle du débat.

(49) Pour une argumentation écartant l'application de cette notion pour rendre compte du concept de droit, voy. A. MARMOR, « Legal Positivism : Still Descriptive and Morally Neutral », *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 2006, p. 683.



tiellement controversés permet de contester la portée que Dworkin attache au désaccord théorique en droit pour discuter de la pertinence d'une analyse externe descriptive sur le droit.

3. – LES PROPOSITIONS POUR UNE MÉTHODOLOGIE POSITIVISTE SCIENTIFIQUE « NATURALISÉE »

Un troisième débat méthodologique a été engagé par Brian Leiter⁽⁵⁰⁾. Il met en cause ce qui sous-tend, avec des nuances, la plupart des philosophies du droit, à savoir que le droit est un concept herméneutique et que la théorie du concept de droit en rendant compte de notre auto-compréhension du droit nous offre une vue éclairante sur l'essentiel du phénomène juridique.

D'une certaine façon Leiter n'adresse pas tant sa critique au courant d'une méthodologie normative jusnaturaliste. Même s'il ne partage pas une telle approche, il semble qu'il la trouve stable et cohérente en comparaison des approches du courant du positivisme méthodologique telles qu'elles sont engagées à la suite de Hart. C'est donc à une troisième critique que doit faire face le courant du positivisme méthodologique, une critique en appelant, en substance, à une plus grande rigueur de la méthode positiviste.

L'arrière plan de son propos se fonde sur la remise en cause par Quine de la distinction portée à son extrême par l'empirisme logique entre les énoncés analytiques considérés comme vrais *a priori* en raison de leur signification et les énoncés synthétiques considérés comme susceptibles d'être vrais du fait de la possibilité de les confronter aux faits⁽⁵¹⁾. Parmi les différents arguments de

(50) Voy. notamment *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, 2007, un ouvrage qui reprend les principaux articles classiques de Brian Leiter sur ses propositions méthodologiques. Voy. notamment les articles de la deuxième partie de l'ouvrage et spécialement « Legal Realism, Hard positivism, and the Limits of Conceptual Analysis » (p. 121), « Beyond the Hart/Dworkin Debate : The Methodology Problem in Jurisprudence » (pp. 155 et s.) et le *Postscript* de cette deuxième partie (p. 183). Les propositions méthodologiques de Leiter sont détaillées de façon plus approfondie dans un article postérieur qui résume ses propositions de façon plus avancée. Voy. Brian LEITER, « Naturalizing Jurisprudence : Three Approaches », in J. SHOOK and P. KURTZ, *The Future of Naturalism*, Prometheus Books, 2009. Elles sont utilement présentées et affinées en réponse à des observations de Julie DICKSON in *Law and Philosophy*, 30, 2011, pp. 510 et s. Voy. plus largement le n° spécial de *Law and Philosophy* édité par Kenneth Himma et consacré aux propositions méthodologiques de Brian Leiter, 30 July 2011.

(51) W.V.O. QUINE, « Two Dogmas of Empiricism », *Philosophical Review*, 60, 1951, pp. 20-43. Réédité dans W.V.O. QUINE, *From a Logical Point of View*, Harvard University Press, deuxième édition révisée de 1961. Parmi les nombreux arguments dirigés contre la pertinence d'une distinction entre énoncés synthétiques et énoncés analytiques, il y a



Quine, cette distinction ne fonctionne pas, dès lors que l'on accepte la théorie holiste du fonctionnement de la science. Aucune proposition théorique ne peut être directement (sauf énoncés périphériques) mise en cause par l'expérience de la confrontation aux faits. Il est toujours possible d'arranger les hypothèses et n'importe quel énoncé de l'ensemble que constitue une théorie scientifique peut se trouver à un moment ou un autre remis en cause, sans que la distinction entre énoncés analytiques et synthétiques ne soit pertinente. C'est, comme le montre l'histoire de la science, souvent par illusion de stabilité qu'un énoncé est considéré comme étant à l'abri de la contestation. Certains en ont déduit que la philosophie manque d'une méthodologie qui lui soit propre, que l'analyse conceptuelle de nos intuitions qui se présente comme une explicitation de leur signification ne relève pas de la méthode scientifique et que le travail philosophique ne peut plus que se placer dans la continuité du travail scientifique.

Cette idée générale vaut dit Leiter pour l'analyse du droit, en ce sens que le philosophe du droit doit se placer en aval des données que les sciences sociales apportent sur le droit. Leiter a commencé son travail de discussion de la philosophie du droit en proposant de remplacer la théorie de l'adjudication judiciaire en tant qu'elle cherche ce qui justifie la décision du juge par une théorie causale des décisions de justice dans le champ des cas où on peut montrer par ailleurs qu'il y a une indétermination de la décision par rapport aux sources du droit. Dans la ligne de la revendication de l'épistémologie naturaliste et dans la lignée de ce que propose Cummins, il faudrait chercher une alternative à la dépendance philosophique envers les intuitions⁽⁵²⁾. « Nous pouvons, écrit Cummins, abandonner les intuitions sur la nature de l'espace et du temps et demander à la place quelles sortes d'espace et de temps doivent être si la théorie de la physique est reconnue vraie et explicative ». Nous devrions, propose donc de son côté Brian Leiter, nous contenter de

l'argument tiré de la théorie holiste de la science défendue par Quine. L'idée générale est que la définition des jugements ou énoncés synthétiques par le positivisme logique ne tient pas, car aucun énoncé ne peut être défini comme étant vrai en raison de condition d'énoncé qui permettrait de la vérifier en raison de l'expérience. Tout peut être objet de réévaluation dans l'ensemble des énoncés qui mènent à une expérience et parce que tout peut être plus ou moins remis en cause, certains énoncés sont plus protégés que d'autres, ce qui donne le sentiment qu'ils ne sont pas révisables. Mais l'histoire de la science montre qu'ils peuvent l'être.

(52) Robert CUMMINS, « Reflections in Reflective Equilibrium », in M. DEPAUL and W. RAMSEY, *Rethinking Intuitions. The Psychology of Intuitions and Its Role in Philosophical Inquiry*, Rowman & Littlefield, 1998.



chercher, compte tenu de ce que nous pouvons savoir sur la façon dont fonctionne le monde et, dans notre hypothèse, sur la façon dont fonctionnent les tribunaux et dont sont adoptées les décisions judiciaires, quel est le concept de droit qui correspondrait le mieux à la représentation de ce fonctionnement. Une piste pour « naturaliser » la théorie du droit serait celle où l'analyse conceptuelle du concept de droit aurait à être construite à l'occasion de son éventuelle utilisation dans des recherches empiriques, sur la base des canons de la recherche scientifique, sur les causes des décisions judiciaires. Le ou les concepts de droit seraient validés dans la mesure où ils pourraient servir à déterminer les hypothèses sur les relations causales testées par la recherche empirique. Leiter dit que le concept de « positivisme dur » (« *hard positivism* ») est le plus approprié à la recherche scientifique parce que les théories scientifiques des politistes ou sociologues sur le droit qui cherchent à rendre compte, par les méthodes des sciences sociales, la décision judiciaire partent toutes de la discussion du modèle offert par ce concept de droit (même si c'est pour le discuter)⁽⁵³⁾.

On lui a objecté⁽⁵⁴⁾ que se focaliser sur l'analyse causale des décisions de justice consisterait en un changement d'objet de la philosophie du droit et plus généralement dans une mauvaise compréhension du projet des différentes théories de l'adjudication judiciaire qui toutes prennent utilement en compte les divergences possibles ou les désaccords entre juges et donc une certaine indétermination de la décision de justice, sans que cela ne les gêne dans la recherche d'une discussion rationnelle sur le droit. Mais Leiter a répondu que l'argument tiré de l'intérêt que trouvent les philosophes à traiter de la discussion rationnelle sur le droit dans un univers de relative indétermination des décisions de justice ne suffisait pas à justifier la pertinence méthodologique d'un tel objet, si ces approches sont condamnées par les enseignements de l'épistémologie.

(53) « What would ultimately vindicate the conceptual arguments for hard positivism is not simply the assertion that they best account for the real concept of law, but that the concept of law they best explicate is the one that figures in the most fruitful a posteriori research programs, i.e. the one that gives us the best going account of how the world works. That would require jurisprudence to get up from the armchair and find out what anthropologists, sociologists, psychologists and others can tell us about the social practices in and around law ». Si une théorie conceptuelle doit être préférée aux autres théories du droit, cela doit être à cause du fait qu'elle gagne cette place en facilitant *a posteriori* des théories du droit vérifiées par les faits.

(54) Voy. notamment Mark GREENBERG, « Implications of Indeterminacy : Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law », *Law and Philosophy*, 30, 2011, p. 453.



Brian Leiter a, enfin, exposé ses critiques faites plus directement à l'égard de la méthode de l'analyse du concept de droit à partir de nos intuitions. L'idée générale est que l'analyse conceptuelle de nos intuitions sur le droit ne peut pas prétendre, au-delà de l'intérêt qu'elle peut présenter pour énoncer une espèce de lexicographie sur le sens accordé au droit (au mot « droit ») par ceux qui en parlent, à apporter une quelconque lumière sur le phénomène juridique en tant que référent supposé du concept de droit. En reprenant le vocabulaire de F. Jackson⁽⁵⁵⁾, il considère que l'analyse conceptuelle sur le concept de droit à partir de l'analyse de nos intuitions, qui caractérise la philosophie du droit à Oxford et dans la philosophie analytique du droit aux États-Unis, est une « analyse conceptuelle immodeste » dans la mesure où elle prétend tirer de l'analyse de nos intuitions des lumières sur le phénomène juridique lui-même.

Dans un deuxième temps, Leiter ouvre la voie à la possibilité que l'analyse conceptuelle des intuitions puisse offrir quelques points de vue sur le droit⁽⁵⁶⁾ et conduire à une méthode acceptable d'ethnographie juridique dès lors que le droit pourrait bien être regardé comme un concept herméneutique, c'est-à-dire « un concept dont les références sont fixées par le rôle qu'il joue dans la façon dont les gens rendent compte du sens de ce qu'ils font et de leur monde social »⁽⁵⁷⁾.

Mais Leiter ne baisse pas la garde pour autant.

D'une part, l'analyse des intuitions doit, contrairement à la pratique actuelle de la philosophie du droit, confronter les intuitions

(55) Franck JACKSON, *From Metaphysics to Ethics. A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford, Clarendon, 2008 (1^{re} édition 1998).

(56) Reprenant une image de Jackson, il indique que l'analyse conceptuelle pourrait être l'équivalent du portrait robot utilisé dans une enquête policière. Le portrait robot n'est pas la photo du délinquant recherché, mais elle pourrait permettre de l'identifier. « At the same time, the clearer picture may enable us to pick out the suspect we really want. So, too, then with successful conceptual analysis » (Leiter, Poscript to part II, *Naturalizing Jurisprudence*, p. 197). Donc, si le suspect que nous cherchons est, dans l'analogie, le concept de droit, c'est que Leiter accepte l'idée que l'analyse conceptuelle puisse apporter de la connaissance sur le référent du concept de droit.

(57) S'agissant de la portée d'une analyse conceptuelle modeste, il faut tenir compte de ce qu'elle peut apporter pour un concept de type naturel et pour un concept de type herméneutique, c'est-à-dire un concept dont les références sont fixées par le rôle qu'il joue dans la façon dont les gens rendent compte du sens de ce qu'ils font et de leur monde social. « En ce qui concerne les concepts herméneutiques, la clarification conceptuelle entraîne une clarification du référent. En ce qui concerne les concepts de type naturel, l'analyse conceptuelle rend compte seulement de la façon dont les gens l'utilisent et permet de vérifier si cette conceptualisation correspond à ce que propose la science ».



telles que prises en considération « depuis leur fauteuil »⁽⁵⁸⁾ par les philosophes, sur la base des leçons de la philosophie expérimentale, aux données émanant d'enquêtes auprès du public et sur la base de méthodes qui permettent d'éviter tout effet de sélection ethnoculturelle ou d'éducation qui pourraient influencer les intuitions et les croyances⁽⁵⁹⁾. Ce n'est qu'à cette condition qu'il admet qu'une telle enquête puisse offrir un peu de lumière sur le phénomène juridique.

D'autre part, ce n'est pas, explique-t-il en substance, parce que le concept de droit pourrait être regardé comme une façon de nous comprendre et de comprendre notre monde social, et qu'il aurait ainsi une dimension herméneutique, qu'il ne serait qu'un concept herméneutique et que nous devrions nous résoudre à ne pas chercher au-delà. Si, écrit-il, une puissante théorie scientifique du droit en tant que phénomène social émergeait, les avantages épistémologiques et pragmatiques que présenterait une telle théorie l'emporteraient sur n'importe quel intérêt, sur la façon dont les gens utilisent le concept de droit pour se comprendre. Il n'y a rien à attendre de toutes les façons d'une analyse conceptuelle à partir de nos intuitions sur des caractères essentiels et constants du droit⁽⁶⁰⁾.

Il rappelle que, de toutes façons, les philosophes analytiques du droit n'ont pas respecté l'idée que le concept de droit est un concept herméneutique puisqu'ils ne cessent de choisir et de sélectionner dans les données que leur offrent les expériences et intuitions sur le droit pour établir un concept philosophique qui présente à leurs yeux un intérêt pratique, selon une méthode *a priori*, soustrayant ce concept à toute confrontation empirique.

(58) Selon une formule souvent utilisée qui dénonce une « armchair philosophy » ou une « armchair sociology ».

(59) « There is, however, a second possible way in which jurisprudential questions about the nature of law might be naturalized, namely, by taking a page from the experimental philosophers. If ordinary intuitions are to be decisive in fixing the extensions of concepts, why not investigate, empirically, what those intuitions really are? Why not find out, to borrow Hart's phraseology what the ordinary man really thinks? [...] »

« It is curious that no one has made any effort to figure out what people – as distinct from the subset of them who work in the vicinity of High Street – actually understand by the concept (of authority of law for example). General jurisprudence awaits and stands in need of, colonization by experimental philosophy ».

(60) Ces arguments sont développés par Leiter en réponse à Julie DICKSON dans *Law and Philosophy*, 30, 2011, précité.



Les propositions méthodologiques pour le renouvellement de la théorie du droit de Brian Leiter sont maintenant au centre du débat méthodologique en philosophie du droit⁽⁶¹⁾. Quelles que soient les réponses apportées à ces nouvelles propositions méthodologiques, qu'on en accepte certains des éléments ou qu'on les rejette, une chose reste certaine : les propositions de Brian Leiter sur le débat méthodologique en théorie du droit ne permettent plus de laisser la question méthodologique en philosophie du droit loin des débats qui alimentent la philosophie dans ses différentes branches et notamment en épistémologie.

Nous laisserons de côté les observations sur le changement d'objet auxquelles les propositions méthodologiques de Brian Leiter condamneraient la philosophie du droit. Pour une part, compte tenu des évolutions de la pensée de Leiter, ce n'est plus tout à fait exact, seule la portée de l'analyse conceptuelle de nos intuitions est révisée par lui. Mais surtout, l'argument en lui-même, pour la partie où il serait exact, ne peut l'emporter, sauf à considérer que le droit et la théorie du droit offrent à la philosophie un modèle qu'elle ne prendrait pas en considération suffisamment. Mais il faut affronter directement les soubassements philosophiques de la critique d'une analyse conceptuelle immodeste sur la base de nos intuitions que Leiter adresse à la philosophie analytique dominante.

Les réponses qui sont apportées à la critique de Leiter passent par une relecture attentive des propositions de Quine, de ses divers arguments contre la distinction des énoncés analytiques et des énoncés synthétiques, les observations critiques qui lui ont été apportées et notamment les défenses que l'analyse conceptuelle traditionnelle a reçues.

(61) Toute présentation générale du débat méthodologique en théorie du droit ne manque pas d'y faire et d'y accorder son attention, voy. notamment Julie DICKSON, « Methodology in Jurisprudence : A Critical Survey », *Legal Theory*, 10, 2004, p. 117 ; Leslie GREEN, « General Jurisprudence : a 25th Anniversary essay », *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2005, p. 565 ; Jules L. COLEMAN, « Methodology », in Jules COLEMAN and Scott SHAPIRO (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004, p. 311 ; John OBERDIEK and Dennis PATTERSON, « Moral evaluation and conceptual analysis in Jurisprudential Methodology », in Michael D. A. FREEMAN & Ross HARRISON ed. *Current Legal Issues : Law and Philosophy*, Oxford UP, 2007 ; des réponses circonstanciées ont été apportées aux thèses de B. LEITER, V. Kenneth HIMMA, « Reconsidering a Dogma : Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy », in Michael D. A. FREEMAN & Ross HARRISON (eds.), *Law and Philosophy*. Oxford University Press ; le n° spécial précité de *Law and Philosophy*, Special Issue on Brian Leiter's Naturalizing Jurisprudence, 30, 2011 (sous la direction de K. HIMMA).



On ne peut rentrer ici dans ce qui serait l'objet d'un autre article⁽⁶²⁾. On retiendra l'idée que Quine n'a pas pu convaincre sur l'abandon de l'analyse conceptuelle en tant qu'elle est elle-même nécessaire, y compris dans la méthodologie scientifique des sciences naturelles. Toute approche doit commencer par l'établissement d'hypothèses et de telles hypothèses peuvent venir, quel que soit le domaine de la recherche, d'énoncés analytiques de nos intuitions dès lors que l'on distingue parmi elles des « intuitions rationnelles ». Les analyses conceptuelles mettent en avant des relations nécessaires, compte tenu de nos pratiques linguistiques partagées et elle aide à les clarifier. Il s'agit de théoriser nos intuitions ou nos conventions en identifiant les conséquences plus profondes qui sont impliquées ou présupposées par ces intuitions ou ces conventions. Cela va plus loin que la tâche empirique d'identifier les intuitions partagées ou les conventions. Lorsque les théoriciens du droit font état du lien nécessaire entre différents aspects du concept de droit ou de notions essentielles à la compréhension du droit (par exemple du lien nécessaire entre la revendication du droit à l'autorité et une théorie des sources formelles qui interdit d'y compter la morale et une distinction conceptuelle entre création et application du droit, ou encore la distinction nécessaire entre interprétation et application du droit compte tenu du caractère régressif à l'infini des interprétations), ils ne renvoient pas à un supposé fondationnalisme en épistémologie, ni à une certaine métaphysique.

Que certains énoncés analytiques ne supportent pas en eux-mêmes une confrontation avec des données de l'expérience ne pose aucune difficulté du point de vue de la science dès lors qu'ils pourraient être révisés et remis en cause si les présupposés de ces énoncés ou certaines de leurs implications se révélaient contraires à l'expérience.

Ainsi, pour suivre une analyse pertinente de John Gardner, ce serait une erreur de penser que la question de savoir si les officiels appliquant le droit dans des positions d'autorité revendiquent au nom du droit une autorité puisse être une question empirique, en ce sens qu'il pourrait lui être répondu par une étude du comportement de ces officiels⁽⁶³⁾. Cela ne peut être. Supposons, rappelle

(62) Voy. notamment l'article récapitulatif de K. HIMMA, précité (note 53). Voy. aussi D. PATTERSON et OBERDIEK, « Moral evaluation and Conceptual Analysis », précité.

(63) « How Law Claims, What Law Claims », in M. KLATT, *Institutionalized Reason*, Ox-



Gardner, que dans certaines de leurs affirmations des personnes occupant de façon officielle des fonctions d'autorité dans l'application du droit refusent de reconnaître l'autorité morale du droit. La seule conclusion que l'on pourra en tirer est qu'ils n'ont alors pas agi dans leur qualité d'officiel chargé d'appliquer le droit. Mais quel est le critère selon lequel le juge a agi en qualité d'officiel du système juridique ? Précisément par le critère qu'il a lui-même fait une revendication qu'il agit au nom du droit. C'est donc bien une proposition conceptuelle et non un énoncé susceptible de vérification empirique, qu'une enquête ne pourrait permettre de discuter « car il n'y a plus de moyen indépendant pour identifier la classe de comportements qui pourraient faire l'objet de cette enquête ».

Naturellement, dans la mesure où cette affirmation du droit à l'autorité n'a de sens que si elle peut être reliée à d'autres éléments dont elle permet l'explication, et qu'elle offre ainsi une théorie qui elle-même sur certains de ses aspects reste suffisamment explicative du phénomène juridique et puisse être confrontée à l'expérience.

Au demeurant, l'analyse des concepts reste indispensable dans le travail expérimental. Des critiques sont adressées sinon à la philosophie expérimentale elle-même, du moins aux conclusions que l'on peut être tenté d'en tirer en tant notamment qu'elle prétendrait se substituer à l'analyse conceptuelle de nos intuitions⁽⁶⁴⁾. Les enquêtes expérimentales peuvent mettre en cause l'acceptation par tous de la généralité des intuitions philosophiques, mais leurs résultats, même s'ils mettent parfois en évidence des divergences selon les groupes ethniques ou les catégories sociales, ne peuvent pas être interprétés sans que l'on fasse aussi appel à des

ford University Press, 2012.

(64) Voy. critiques de Ernest Sosa sur certaines prétentions de la philosophie expérimentale à remplacer le travail philosophique, « Experimental Philosophy and Philosophical Intention », *Philosophical Studies*. 132(1), p. 99. D'une part, la portée de ces enquêtes sur les questions philosophiques traditionnelles est problématique parce que les résultats expérimentaux ne concernent en première instance que les réponses des gens à certains mots. Et que ce désaccord verbal ne rend pas nécessairement compte d'un désaccord substantiel si certaines ambiguïtés et le contexte peuvent si elles sont prises en considération lever l'apparence de la divergence verbale. D'autre part, dans le cas d'un résultat qui révélerait une division entre ceux qui répondent sur une proposition, il est difficile, en l'absence d'une théorie sur l'erreur, d'expliquer pourquoi certains sont dans l'erreur et les autres non. Il restera définitivement dans l'appel aux intuitions en philosophie si les enquêtes montrent qu'il y a un désaccord suffisamment important sur les sujets supposés ouverts à l'intuition.



distinctions analytiques fondées à leur tour sur des intuitions philosophiques⁽⁶⁵⁾.

(65) Par exemple, écrit Sosa (art. précité), si une enquête montre que lorsqu'on demande aux gens de façon générale si les sujets d'un monde entièrement déterministe sont responsables de leurs actions, ils répondent dans leur grande majorité que non (86 %). Mais si on interroge les mêmes personnes sur la responsabilité encourue par une personne en particulier pour une action odieuse qui lui est attribuée avec un luxe de détails, ils sont 72 % à considérer qu'elle est bien responsable de cette action, dans ce monde entièrement déterminé. Une des solutions de l'énigme est de considérer comme le font les auteurs de l'étude que les affects dégradent les performances intellectuelles et conceptuelles en général qu'il s'agisse de perceptions de la mémoire ou encore comme ici du raisonnement logique. Mais, comme le montre Sosa, si on tient compte des apports de la philosophie morale et des théories de la responsabilité morale fondée sur l'analyse conceptuelle à partir des intuitions, il est tout à fait possible de comprendre l'apparente divergence verbale. Elle repose sur l'utilisation derrière le terme de responsabilité de deux concepts de responsabilité, des deux sens de la responsabilité morale, la responsabilité morale du point de vue attributif (la personne est responsable pour une action si cette action lui est attribuable au sens où elle révèle son caractère) et la responsabilité morale du point de vue d'avoir à en rendre compte (« *accountability* ») selon laquelle une personne est responsable d'une action si cette personne est tenue de devoir répondre de cette action, de telle sorte que des choses diverses bonnes ou mauvaises peuvent être infligées à cette personne pour une telle action.