

Neutralité et analyse critique du droit

Isabelle BOUCOBZA

Professeure de droit public, Université Paris Nanterre
UMR 7074 CTAD-CREDOF

Nul ne contestera que le droit positif est un ensemble de prescriptions, de commandements et que ces commandements expriment ou traduisent des jugements de valeur. Le droit est l'instrument par lequel le pouvoir mène sa politique. Dans ce premier sens, le droit lui-même n'est donc pas et ne peut évidemment pas être neutre.

Cependant, par « droit » on désigne aussi les travaux des juristes universitaires - de la « science juridique » ou de la « doctrine juridique » - qui portent sur le « droit » entendu au premier sens vu ci-dessus. Les théoriciens du droit pour distinguer ces deux usages du terme « droit » font appel à l'opposition entre langage-objet et métalangage. Le « droit » au premier sens est un langage objet – prescriptif - sur lequel porte un métalangage, un discours de connaissance, en principe descriptif, celui qui est tenu par des universitaires. En même temps, comme chacun sait, les juristes questionnent souvent le caractère descriptif, la neutralité, la scientificité ou encore la portée critique de ce discours savant.

A cela il faut ajouter une difficulté supplémentaire. On rencontre dans la littérature juridique les expressions « neutralité du droit » ou « droit neutre¹ » qui sont parfois utilisées par ceux qui revendiquent une approche dite « critique » des normes juridiques. Cette démarche s'attache par exemple aux effets présumés des normes sur leurs destinataires : par l'usage de l'adjectif « neutre », il est fait état d'une qualité qui serait prétendument celle du droit, entendu comme un ensemble de normes censées s'appliquer indistinctement à tous les individus, en vertu de l'universalisme juridique ainsi que du principe d'égalité. On peut d'ailleurs rapprocher cette perspective critique de celle qui dénonce le jusnaturalisme implicite de ceux qui soutiennent la soi-disant neutralité d'un droit présenté comme étant « vrai », « objectif », « raisonnable » ou « juste ». L'approche critique de ce prétendu « droit neutre » souligne qu'il ne serait ni égalitaire, ni « raisonnable » ou « juste » et qu'il participerait à l'inverse au maintien des inégalités, des hiérarchies sociales, en somme des rapports politiques de domination. Cette critique du défaut de neutralité s'applique également au discours doctrinal et à l'enseignement universitaire du droit, lui-même prétendument neutre, mais qui ne ferait lui aussi, qu'entretenir les inégalités. A ce discours doctrinal classique faussement neutre et réellement engagé en faveur de la conservation du système, il faudrait donc opposer un discours critique.

Ces quelques phrases introductives illustrent à elles seules toute la difficulté du sujet. Le statut du discours que les juristes portent sur le droit donne lieu à des polémiques infinies. De la même façon, les lectures de l'objet-droit, les systématisations et les interprétations sont plurielles et il suffit de constater la multiplicité des manuels, des articles et des positions sur une même question pour ne

¹ M.X Catto, C. Girard, J. Gate, S. Hennette-Vauchez, C. Vergel-Tovar, in « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique » REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 5

pas avoir besoin d'aller plus loin dans la démonstration. Les juristes se disputent et soutiennent des thèses divergentes tant sur ce que le droit est supposé « être » et « dire » que sur la neutralité et la scientificité de leur discours sur cet objet.

L'ambition de cette étude est de proposer quelques éléments d'explication de ces désaccords sur la neutralité et la dimension critique du discours des juristes. Ces questions sont loin d'être nouvelles. Elles ont donné lieu à un débat passionnant entre deux professeurs de droit : D. Lochak² et M. Troper³. Tout le monde connaît cette controverse sur le positivisme et les juristes sous Vichy et il n'est nullement question ici d'y revenir.

On peut simplement préciser que le fait d'adhérer, comme c'est le cas pour nous, au positivisme épistémologique cher à Michel Troper, n'empêche pas de penser, comme Danièle Lochak, qu'il convient de pousser la discussion sur certaines des questions que pose encore aujourd'hui cette controverse, parmi celles-là : travail scientifique et engagement, c'est-à-dire expression des convictions personnelles, sont-ils compatibles ? Peut-on être neutre et critique ? L'analyse critique du droit ne postule-t-elle pas un abandon de toute prétention à la neutralité et donc à la scientificité ? La complexité de ces questions tient en ce qu'elles expriment un dilemme : ou bien l'universitaire demeure neutre pour garantir la scientificité de son travail mais il se prive alors de la possibilité de porter un regard critique sur le droit ; ou bien il privilégie l'analyse critique, mais risque de perdre son caractère scientifique. Danièle Lochak l'a elle-même formulé dans les termes suivants : « Prendre d'emblée parti, c'est saper les fondements de la démarche scientifique, qui exclut, justement, tout parti pris ; se cantonner dans une position d'observateur neutre et impartial, c'est cautionner une législation ou un régime que l'on critique, voire dans les cas extrêmes que l'on estime devoir être combattu »⁴.

Est-il possible de sortir de ce dilemme ? Ne peut-on pas avoir la scientificité et la critique ? Peut-on renoncer à la neutralité sans renoncer à la science ?

Il nous semble qu'il y a au moins trois façons de sortir de ce dilemme qui peuvent correspondre à des positionnements, parfois à des pratiques, à des courants, plus ou moins connus et bien identifiables, dans la communauté juridique académique. Selon les objectifs que ces courants se donnent, les méthodes qu'ils se fixent pour appréhender le droit, selon la conception même qu'ils ont du droit, ils entendent nécessairement de façons différentes les termes du dilemme. Cela nous amènera inévitablement à relever, pour chacun de ces points de vue, les différentes définitions des termes « neutralité » et/ou « science » et de l'expression « analyse critique » qui sont utilisées, parfois pour échapper au dilemme.

Le premier courant observé sera celui des mouvements dits « critiques du droit » pour lesquels le rejet de la neutralité n'exclut pas la scientificité (I). Puis on concentrera l'attention sur deux positionnements mieux connus, et à l'égard desquels les mouvements critiques se présentent comme des alternatives : celui de la dogmatique juridique (II) et celui du positivisme juridique, en particulier au sens épistémologique (III). Alors que la dogmatique tente de sortir du dilemme en

² D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 252-279 ; v. aussi D. Lochak « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », ; Michel Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, Léviathan, 1994. p. 293-309

³ M. Troper, « La doctrine et le positivisme. (A propos d'un article de Danièle Lochak) », in *Les usages sociaux du droit*, *op.cit.* p. 286 ; M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, *op.cit.*, p. 310 et s.

⁴ D. Lochak, « La profession d'universitaire face à la question de l'engagement », in *Au cœur des combats juridiques*, E. Dockès, (dir.), Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 34

adoptant une attitude équivoque qui associe prescription plus ou moins discrète et description neutre du droit, certaines expressions du positivisme épistémologique font de la neutralité une condition, sinon *la* condition, pour la production d'un discours critique.

I. Les mouvements dits de « critique du droit » : un discours « scientifique » parce qu'il est « critique »

Ce premier positionnement peut être rattaché à un ou plusieurs « courants critiques » plutôt qu'à une école à proprement parler. Dans un passé qui n'est pas si lointain, les années 70, il y a bien eu un mouvement dit « critique du droit⁵ ». Cette association de chercheurs - dont la perspective critique était pour la plupart associée à une grille de lecture marxiste - n'existe plus en tant que tel aujourd'hui en France. A côté de ce mouvement composé de publicistes comme de privatistes, des individualités qui ne font pas profession de foi marxiste peuvent néanmoins être considérées comme appartenant à une mouvance critique ; dans le champ du droit public, D. Lochak⁶, J. Chevallier⁷, J. Caillosse⁸, dans celui des théoriciens François Ost et Michel van de Kerchove⁹. En effet, leurs méthodes et plus largement leurs démarches dans l'appréhension du droit présentent des convergences avec le mouvement critique du droit. Aujourd'hui, des manifestations scientifiques, des ouvrages¹⁰, des programmes de recherche¹¹ (REGINE) donnent à voir un regain d'intérêt pour une approche critique du droit. Les artisans de ce retour se réclament des mouvements français à peine évoqués mais également du mouvement des *Critical legal studies* (CLS) qui avait inauguré aux Etats-Unis dans les années 70 une « véritable culture de la contestation »¹² politiquement ancrée à gauche. La prétendue neutralité et objectivité du « droit » - entendu au sens large de langage objet et de métalangage - est vue comme un habillage idéologique utile à la classe dominante pour se maintenir au pouvoir. Par la suite, l'observation d'autres types de domination par le droit (raciale, genrée) se développe dans le sillage de CLS et s'inscrivent précisément dans des « théories de la connaissance située ».

Tous ces différents courants affichent une préoccupation prioritaire pour la production d'un discours critique sur le droit et une forme de rejet de la neutralité. Ainsi présentés, on pourrait penser qu'ils n'échappent donc pas du tout au dilemme et qu'en renonçant à la neutralité, ils renoncent à la dimension scientifique de leurs discours. Cette première impression est pourtant trompeuse. Ces courants sortent précisément du dilemme en revendiquant la possibilité même d'élaborer un discours qui sera scientifique, non pas parce qu'il est neutre, mais précisément parce qu'il est critique.

⁵ Parmi les représentants de ce mouvement les plus connus, on peut citer Jean-Jacques Gleizal, Antoine Jeammaud, M. Miaille. V. M. Mialle, V° Critique 1 - Critique du droit, in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1993 ; M. Bourjol, Ph. Dujardin, J.-J. Gleizal, A. Jeammaud, M. Jeantin, M. Miaille, J. Michel, *Pour une critique du droit*, Maspero, Paris, 1978

⁶ V. *supra* note 2

⁷ V. par exemple, J. Chevallier, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, n°46, 1988, p.57 et s.

⁸ J. Caillosse, « Sur les enjeux idéologiques et politiques du droit administratif. Aperçus du problème à la lumière du changement », *AIDA* 1982, p. 361.

⁹ F. Ost, M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987

¹⁰ X. Dupré de Boulois et M. Kaluszynski (dir.), *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, Paris, L.G.D.J., 2011 ; v. E. Dockès, (dir.) aussi *Au cœur des combats juridiques*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2007

¹¹ M.X Catto, C. Girard, J. Gate, S. Hennette-Vauchez, C. Vergel-Tovar, in « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique » REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, *op.cit* ; S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.) (2014). *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, Paris : CNRS Éditions, 799 pages.

¹² H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, vol. 52, p. 511.

Ils ont en commun d'être porteurs d'un discours de relativisation de l'idée même de neutralité scientifique que l'on désigne encore comme « neutralité axiologique ». Conçue à la fois comme un idéal et comme un principe méthodologique des sciences sociales d'inspiration positiviste, elle désigne « une qualité d'un discours qui ne comporte pas de prescription, ni de jugement de valeur »¹³. Cette exigence de neutralité axiologique est jugée dans le camp des critiques comme irréaliste et pratiquement impossible pour quatre raisons : a) tout programme scientifique postule une dimension politique car il repose sur des « choix épistémologiques qui comportent nécessairement leurs parts de déterminisme, de subjectivité et d'engagement »¹⁴; b) tout discours qui se prétend neutre s'avère dépendant de la réalité sociale, historique, politique dans laquelle il s'inscrit ; tout chercheur peut ainsi « être rattrapé par un ensemble de croyances et de conceptions du monde, dont il peut à tort penser s'être débarrassé »¹⁵ ; c) tout discours a une portée sociale¹⁶. Celui *du* droit, comme celui qui porte sur lui produisent des effets de légitimation, impliquant banalisation¹⁷ et dépolitisation¹⁸ de l'objet. C'est à l'égard de ces effets que D. Lochak évoque le « piège de la posture positiviste » que la contrainte de la neutralité peut tendre à ceux qui se livrent à l'exposé du droit en vigueur qu'il s'agisse du droit antisémite ou de réformes pénales, de législations applicables aux étrangers ou d'évolution du droit de la famille¹⁹ ; d) la neutralité axiologique est bien loin de caractériser ce que font réellement les juristes de l'université qui n'hésitent pas à prendre parti ou à se taire, selon qu'ils contestent ou approuvent, un choix législatif ou jurisprudentiel.

En dénonçant ainsi les limites de la neutralité, on pourrait alors penser que le juriste n'a pas d'autre choix que de s'engager exclusivement dans une critique du droit fondée sur des jugements de valeurs qui dénoterait d'une démarche exclusivement pratique²⁰ visant à condamner ou à justifier le droit existant ou à en prescrire une autre interprétation ou une modification. Cette attitude critique n'est pourtant pas celle qui définit principalement les juristes critiques dont on parle ici. Avec un bémol toutefois, car ces juristes ne s'interdisent pas d'exprimer une préférence personnelle ou de révéler une option normative lorsque celle-ci permet de clarifier un positionnement ou tout simplement parce qu'il n'est pas possible de séparer les convictions du citoyen de celle de l'expert face à une législation que l'on repousse d'un point de vue moral²¹.

Ce bémol étant dit, on le répète, pour ces juristes, dénoncer les limites de la neutralité, ce n'est pas renoncer à une conception exigeante de la science du droit : en effet, pour reprendre les termes de

¹³ « La neutralité dont il est question est un idéal que les sciences sociales d'inspiration positiviste désignent comme celui d'être pur de tout jugement de valeur (*Wertfreiheit*). » M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », p. 311

¹⁴ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2^{ème} ed., 2016, p. 27 ; v. aussi « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », avec M.X Catto, C. Girard, J. Gate, S. Hennette-Vauchez, C. Vergel-Tovar, in REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, op.cit., p. 6

¹⁵ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, p. 26-27

¹⁶ *Ibid.* p. 26

¹⁷ D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », op.cit.

¹⁸ P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2003, p. 247

¹⁹ D. Lochak, « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen », in *L'Architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de M. Troper, Economica, 2006, p. 647

²⁰ Sur les formes de discours critiques et l'opposition entre « critique fondée sur les jugements de valeurs » et « critique fondée sur des jugements de réalité », F. Ost, M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 27.

²¹ V. par exemple certaines participations à des appels dans la presse, comme récemment contre le maintien de l'état d'urgence http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/01/15/fin-de-l-etat-d-urgence-non-a-l-etat-d-accoutumance_5062960_3232.html

D. Lochak : « rendre compte du droit positif est une chose, porter sur lui un jugement en est une autre (...)»²² ». Il en résulte que le droit objet d'analyse critique ne peut être *que celui qui est* et non celui qui devrait-être. Cette perspective présente au moins trois caractéristiques majeures : a) elle dénote d'une attitude de connaissance²³ en prenant comme point de départ un jugement de réalité, le droit qui est. Cela implique donc le refus de toute confusion entre le droit et la morale et ancre la critique dans le camp du positivisme juridique au sens de théorie du droit et non dans celui du jusnaturalisme. Précisons que cette attention « au droit qui est » ne doit toutefois pas empêcher de l'observer pour ce qu'il dit mais aussi « pour ce qu'il ne dit pas, ce qui est invisible ou réduit au silence²⁴ ; b) elle donne ainsi à voir le droit dans toutes ses manifestations autant comme un instrument de libération que d'oppression ou de conservation ; c) elle évite la confusion entre le discours du langage objet et celui du métalangage : comme le souligne J. Chevallier, il ne s'agit pas de « contribuer au bon fonctionnement de l'ordre juridique, de produire de la normativité mais de s'intéresser au processus sociaux et politiques de production et d'application du droit (...)»²⁵.

Car c'est précisément cette distanciation entre le droit et le discours qui porte sur lui qui rend possible cette vision critique : le caractère scientifique de l'analyse critique consiste « à procéder à des processus de 'déplacement' de 'dévoilement', de 'changement de point de vue' à l'égard de l'objet observé ».²⁶ Elle permet d'opérer une rupture « avec la réalité telle qu'elle est perçue ou vécue »²⁷ ou encore de révéler « ce qui *est là* dans les normes juridiques, mais seulement de manière invisible ou inaudible, implicite, indirecte »²⁸ et présenterait aussi l'avantage de « passer outre la prescription positiviste selon laquelle on ne saurait prendre pour objet de recherche que ce qui est »²⁹. Ainsi, selon les termes de D. Lochak, la science du droit ne pourra-t-elle prétendre à ce titre que si « elle accepte de faire prévaloir sur son objet un point de vue *critique visant à faire émerger ce qui n'est pas immédiatement perceptible ou visible*»³⁰.

Par exemple, si le droit « tel qu'il est » exclut les femmes de la qualité de citoyen, alors il appartient à la science *critique* du droit de montrer que ce que ce droit désigne comme « le » suffrage « universel », n'est en fait qu'un *suffrage universel masculin*. De la même façon, observer qu'aujourd'hui encore, la grande majorité des manuels de droit affirment que l'avènement du suffrage universel date de 1848, c'est montrer que ces manuels, comme le droit qu'ils prétendent décrire, parlent d'un point de vue situé, qui en l'occurrence est celui d'une vision du monde où l'universel et le masculin coïncident et excluent ce faisant le féminin³¹. Plus largement, cette démarche débouche sur l'élaboration d'explications inspirées par une certaine vision « des rapports

²² D. Lochak, « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen », in *L'Architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de M. Troper, *op.cit.*

²³ F. Ost, M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 27.

²⁴ « L'idée sous-jacente est que le genre en droit et dans la recherche juridique, tout autant que la race et les classes, constitue un impensé nécessaire qui vise à écarter tout ce qui pourrait conduire à remettre en cause un dispositif de domination ici organisé en la forme juridique. Dès lors, une autre manière d'exprimer cette approche critique serait d'étudier le droit non seulement pour ce qu'il dit mais aussi pour ce qu'il ne dit pas ». C. Girard, S. Hennette-Vauchez, « Théories du genre et théories du droit », *Savoir agir*, n°20, 2012, p. 54

²⁵ J. Chevallier, « Juriste engagé(e) ? », in *Frontières du droit, critique des droits*, Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak, LGDJ, 2007, p.307.

²⁶ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, p. 297

²⁷ J. Chevallier, D. Lochak, *Science administrative*, *op. cit.*, p. 83.

²⁸ « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », avec M.X Catto, C. Girard, J. Gate, S. Hennette-Vauchez, C. Vergel-Tovar, in REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, *op.cit.* p. 21

²⁹ C. Girard, S. Hennette-Vauchez, « Théories du genre et théories du droit », *op.cit.*

³⁰ D. Lochak, « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen », *op.cit.*, p. 645. Nous soulignons.

³¹ « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », avec M.X Catto, C. Girard, J. Gate, S. Hennette-Vauchez, C. Vergel-Tovar, in REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, *op.cit.*

entre le droit et la société, et partant de la réalité sociale et politique³² ». A cet égard, J. Chevallier cite en exemple le travail de D. Lochak sur le rôle politique du juge administratif qui repose sur l'idée « fondamentale de la politisation des enjeux juridiques³³ ». C'est cette même démarche que l'on retrouve dans ses travaux ultérieurs qui interrogent par exemple la construction doctrinale qui confère au juge constitutionnel la qualité de « protecteur » des droits et libertés³⁴.

En dépit du très grand soin qu'ils prennent pour expliquer leur positionnement face à la neutralité et à la scientificité, les auteurs de cette mouvance critique sont parfois taxés d'être strictement militants et réduits à l'expression de positions politiques par certains représentants de la dogmatique juridique. Si cette mésestime n'est pas dénuée d'arrière-pensées partisans (une banale opposition droite/ gauche ?), elle peut aussi s'expliquer par le fait que le discours des critiques ne se place pas toujours à un niveau de langage différent de celui des représentants de la dogmatique juridique traditionnelle. Il serait alors réduit au statut de discours contestataire du droit existant et du discours dogmatique qui le légitime.

II. La dogmatique juridique traditionnelle : « neutre » et « critique »?

Face à ce positionnement très tranché des mouvements critiques sur la question de la neutralité et de la scientificité, celui de la dogmatique traditionnelle paraît plus difficile à saisir. L'expression "dogmatique juridique" est souvent utilisée en tant que synonyme de « doctrine » ou de « jurisprudence » au sens classique du terme comme "*scientia juris*". Cependant, il est difficile d'en trouver une définition unitaire car bien entendu les auteurs ne sont jamais réunis pour se constituer en tant que doctrine et décider d'un programme d'action³⁵. Par ces termes, on désigne généralement l'ensemble des opinions publiées par les auteurs dans leurs ouvrages, ce qui comprend à la fois l'ensemble des travaux et les auteurs eux-mêmes.

En dépit de ces incertitudes, il apparaît néanmoins que l'expression « dogmatique juridique » est assez largement utilisée pour désigner une science pratique des juristes et plus largement des experts en droit. En effet, la dogmatique ne se limite pas à décrire le discours législatif, constituant ou jurisprudentiel, elle le transforme lorsqu'elle l'interprète et en propose la systématisation. Christophe Jamin et Philippe Jestaz entendent ainsi par dogmatique « une étude savante, raisonnée et construite du droit positif sous l'angle du devoir être, c'est-à-dire de la solution souhaitable et applicable (...) Les auteurs prennent constamment parti et pour ainsi dire à chaque ligne qu'ils écrivent, même si le lecteur ne s'en rend pas toujours compte, car tous les mots de la loi ou du juge prêtent, si peu que ce soit, à interprétation. L'auteur qui, sous prétexte de neutralité, voudrait bannir toute opinion personnelle de son discours n'aurait d'autre ressource que la paraphrase !»³⁶. Comme le remarque D. Lochak, « en dépit du positivisme dominant dans les facultés de droit, l'idée que la doctrine doit être neutre n'est guère confortée par l'observation. Ce qui frappe, c'est au contraire la fréquente propension des auteurs à prendre parti et à passer d'un discours de *lege lata* à un discours de *lege ferenda* »³⁷. La frontière entre le langage-objet et le métalangage tend donc à disparaître dans le cadre de ce discours globalement normatif. On va y revenir.

³² J. Chevallier, « Juriste engagé(e) ? », in *Frontières du droit, critique des droits*, Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak, *op.cit.*

³³ *Ibid.*

³⁴ D. Lochak, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Revue Pouvoirs*, 1981, p. 48.

³⁵ P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, *op.cit.*, p. 170

³⁶ *Ibid.*, p. 179

³⁷ D. Lochak, « La profession d'universitaire face à la question de l'engagement », in *Au cœur des combats juridiques*, *op.cit.*, p. 32

La dimension « critique » de la dogmatique s'avère ainsi de l'ordre d'une critique axiologique, on exprime une préférence personnelle sur la base d'une argumentation qui mêle description, évaluation et prescription. Cette dominante pratique et prescriptive n'est pourtant pas du tout conçue comme une activité « engagée » ou « militante » ; au contraire l'activité de « juriste engagé » dans le monde de la dogmatique juridique est plutôt perçue comme une figure repoussoir³⁸. Car quand bien même il se prononce pour une interprétation ou sur l'opportunité d'une législation, le traitement dogmatique du droit ne fait pas que cela : il « reprend à son compte les concepts forgés par le législateur » (...) les « dépolitise et leur donne une objectivité quasi-scientifique³⁹ ». Bien sûr, là encore, il faudrait peut-être relativiser les dernières affirmations : la visibilité de la formulation des préférences politiques des auteurs sera certainement plus évidente dans un débat sensible comme celui sur le mariage homosexuel que lorsque c'est la qualification à donner à un contrat qui est en cause. Cependant dans les deux cas, le juriste tranche, prend position parfois en ayant recours aux dogmes selon lesquels le sens des textes précède leur interprétation, qu'il peut être retrouvé selon certaines méthodes ou sur la base de certaines représentations comme celles qui soutiennent l'essence d'une notion, l'existence de « nature » d'un droit ou d'une institution, ou la préexistence de principes supérieurs présents ou implicites dans les textes. Le jusnaturalisme latent - que ces « préexistences présumées » laissent transparaître – conforte paradoxalement « une impression de neutralité axiologique » comme si les auteurs se contentaient de « *décrire* quelque chose d'extérieur à eux »⁴⁰. Il en ressort que la production doctrinale de la grande majorité des juristes universitaires demeure aujourd'hui dans un entre-deux non défini : les juristes ne cachent pas leurs opinions, ils les présentent sous une argumentation formellement technique.

Cette visibilité plus ou moins forte de l'opinion personnelle exprime un faible attachement à la neutralité mais pas un renoncement probablement en raison du fait que les auteurs adhèrent consciemment ou inconsciemment à l'idée que la neutralité est une condition de la scientificité du discours de l'expert⁴¹. C'est la raison pour laquelle les représentants de la dogmatique sont généralement qualifiés de « positivistes », au sens où ils tiennent à maintenir les apparences de la scientificité par cette attitude qui consiste à prétendre énoncer un discours neutre et objectif. Cette attitude ambivalente de la dogmatique s'avère d'ailleurs indissociable du fonctionnement du système juridique lui-même car la dogmatique fournit à ses acteurs « des instruments pour déterminer la norme applicable, une systématisation des modes de raisonnements jugés appropriés et une légitimité morale et politique »⁴². Pour le dire plus directement, la dogmatique agit sur son objet et le transforme alors que les discours constitutifs, législatifs ou jurisprudentiels sont le plus souvent appréhendés à la lumière de ce qu'en dit la doctrine. Il s'ensuit, on l'a vu, que la frontière entre le langage-objet et le métalangage tend à disparaître pour laisser place à un seul discours normatif : celui du « droit » entendu au sens large comme discours des juristes.

³⁸ J. Chevallier, « Juriste engagé(e) ? », in *Frontières du droit, critique des droits*, Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak, p. 305

³⁹ R. Colson, « L'engagement de la doctrine : l'exemple du droit de la drogue », in *Au cœur des combats juridiques, op.cit.*, p. 67 ; v. P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op.cit.*, p. 246 à 252

⁴⁰ P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op.cit.*, p. 94-95

⁴¹ « Sur l'affaire Perruche, les auteurs s'affrontent à coup de notions techniques et de théories juridiques la causalité, le principe du préjudice, la nature du préjudice, l'effet relatif du contrat, la notion de personne. Mais la conceptualisation juridique avait aussi pour effet, sinon pour objet, de camoufler les considérations philosophiques sous-jacentes. Et les universitaires qui ont accusé la Cour de cassation d'avoir violé le droit visaient en réalité sous ce dernier vocable, non pas le droit positif, bien entendu muet sur une question qui n'avait pas encore reçu de réponse législative, jurisprudentielle, mais un droit naturel ou idéal. » D. Lochak, « La profession d'universitaire face à la question de l'engagement », in *Au cœur des combats juridiques, op.cit.*, p. 32

⁴² M. Troper, *La philosophie du droit, Que sais-je ?*, Puf, 2003, p. 61

L'analyse des discours dogmatiques est alors nécessaire pour connaître le droit. Ce travail peut revenir à un autre groupe de juristes, qui se réclament d'une épistémologie positiviste et pour lesquels la neutralité est la condition d'une analyse critique.

III. Le positivisme au sens épistémologique : la « neutralité axiologique » comme condition d'une « analyse critique »

Précisons que le positivisme dont il est ici question caractérise une épistémologie⁴³ dont les principes ont été posés par Kelsen dans la « théorie pure du droit » puis repris et développés notamment par le théoricien du droit italien Norberto Bobbio et par certains représentants du réalisme juridique scandinave tel Alf Ross. Aujourd'hui, l'école de Gênes fondée par Giovanni Tarello et R. Guastini en Italie et celle de Nanterre en France sous l'impulsion de Michel Troper portent le courant analytique et réaliste de la théorie du droit contemporaine. Cette épistémologie repose sur deux piliers. Le premier est fait de l'exigence de neutralité axiologique dont on a dit plus haut qu'elle désigne « une qualité d'un discours qui ne comporte pas de prescription, ni de jugement de valeur ». A première vue ainsi présentée, cette méthodologie suggère qu'elle ne peut donner lieu qu'à l'expression d'un discours neutre, descriptif, mais certainement pas « critique ». La volonté affichée des positivistes de « décrire le droit » sans le juger a précisément été dénoncée, on l'a rappelé, pour les effets de légitimation qu'elle peut produire sur un droit moralement contestable mais également pour le peu d'intérêt qu'elle peut présenter sur le plan heuristique⁴⁴. Il convient de préciser pourtant que la neutralité dont il est question n'est pas absolue. L'universitaire-juriste peut parfaitement exprimer ses opinions personnelles ; en revanche, il est plus contestable qu'il le fasse au nom de la science car en faisant passer ses préférences pour le résultat de son activité savante, il confondrait science et politique⁴⁵. La neutralité axiologique a donc été promue par Kelsen comme un moyen plutôt que comme une fin : elle est une arme pour lutter contre les idéologies, contre le cognitivisme éthique et le jusnaturalisme ; par conséquent, une arme pour produire une connaissance critique du droit. Elle ne rend ni le chercheur infaillible, ni son regard absolument dégagé du contexte historique, politique et social dans lequel il intervient. Au contraire, elle le somme d'en tenir compte pour s'en méfier. Le second pilier, c'est le non-cognitivisme éthique, sur la base duquel on ne peut connaître les valeurs (elles ne sont ni vraies, ni fausses), celles-ci ne peuvent être l'objet que de préférences ou d'émotions. Il en résulte une série de prescriptions sur ce que doit être la science du droit. Elles ont par exemple été énoncées par Michel Troper : « La science du droit, en tant que science, doit se borner à connaître son objet, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas chercher à le modifier, et qu'elle ne doit tenter de connaître que ce qui est connaissable. Son objet est en effet le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être. Le présupposé anticognitivistique interdirait d'ailleurs toute tentative de modification, faite au nom de la science⁴⁶ ». Dans le cadre de ce positivisme épistémologique et en particulier pour

⁴³ On fait référence ici à la signification du terme dégagée par N. Bobbio qui distingue trois types d'usages du terme « positivisme » : un usage dogmatique ou idéologique où le positivisme prend la forme d'un légalisme (il faut obéir au droit), un niveau théorique où le positivisme renvoie à un ensemble de propositions générales sur le droit et l'Etat (tout droit est produit par l'Etat), un niveau épistémologique et méthodologique où le positivisme consiste en une certaine conception de la science du droit. Voir N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan, Edizioni di Comunità, 1965, rééd. 1972

⁴⁴ « Si elle [la science du droit] devait se cantonner dans la simple description du droit en vigueur – ce qui peut passer pour le « comble » de la neutralité -, elle ne mériterait pas un instant de peine ». D. Lochak, « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen », in *L'Architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de M. Troper, *op.cit.*

⁴⁵ V. également en ce sens D. Lochak, selon laquelle les connaissances de l'universitaire, expert au service d'une cause, ne doivent pas non plus être assénées comme « la » vérité, au risque de faire passer des préférences personnelles pour des exigences du droit lui-même. *Ibid.* p. 648-649

⁴⁶ M. Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une Théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 35

celui qui est pratiqué par les théoriciens de l'école analytique et réaliste, la neutralité axiologique nous apparaît comme une condition, sinon même comme « la » condition d'une connaissance « critique » du droit, même si paradoxalement la revendication de ce caractère « critique » n'est pas toujours mise en avant en ces termes⁴⁷. Pour comprendre cela, il convient bien sûr de préciser dans quel sens on entend cette idée de connaissance ou d'analyse « critique ».

Il convient de dire au préalable quelques mots sur ce « droit » qui fait l'objet de l'analyse critique. Pour les représentants du positivisme épistémologique de l'école analytique et réaliste, le droit est compris comme un « langage⁴⁸ » dont la signification est en permanence discutée. Cette définition est le produit d'un jugement de réalité : l'identification des règles de droit procède des multiples interprétations des dispositions juridiques (interprétations qui supposent des évaluations) réalisées par les acteurs habilités à décider et par la doctrine. C'est donc le discours des juristes au sens large que le théoricien envisage d'analyser pour rendre compréhensibles les oppositions interprétatives qui peuvent exister tant entre les acteurs du droit qu'entre les membres de la dogmatique juridique. En particulier, le travail sur le discours dogmatique suppose de prendre en considération l'interaction constante qui existe entre droit (langage objet) et dogmatique pour entreprendre un travail de clarification en faisant l'effort de ne pas prendre parti et d'envisager toutes les thèses en présence pour les rendre intelligibles. En ce sens, la théorie se situe à un niveau de langage différent de celui de la dogmatique⁴⁹. Elle est un métadiscours. Plus largement, la théorie est une réflexion critique sur le langage juridique de tous ceux qui interviennent dans le champ du droit, juges, autorités administratives et politiques, professeurs.

L'expression « connaissance critique » est ici entendue au sens de méthode d'observation rigoureuse du langage des énoncés (ainsi que de leurs interprétations) qui consiste « à passer au crible », à décortiquer et à mettre en évidence les significations, les incohérences, les contradictions, les non-dits. Avec cette définition, « l'analyse » du droit ni prescriptive, ni évaluative du droit, peut être qualifiée de « critique ». L'expression « analyse critique » a presque quelque chose de tautologique précisément parce que « analyser » signifie « diviser, distinguer, décomposer, sectionner. (...) l'analyse du langage consiste tout simplement en une interrogation sur le sens des mots, des expressions, des énoncés. L'établissement du sens d'une expression consiste à son tour en une série d'opérations déterminées. Ainsi : relever et enregistrer les usages linguistiques effectifs, relever et enregistrer les ambiguïtés (syntaxique, sémantique, pragmatique) des expressions linguistiques, dévoiler leurs connotations axiologiques, souvent cachées. Bref, l'analyse du langage est avant tout un travail de définition. (...)»⁵⁰. Le discours sur le droit utilise des concepts, des principes, des représentations créés par le droit ou par la doctrine elle-même ou par leur interrelation pour justifier le contenu matériel des normes produites par les décisions des organes du système politique (législateur, juges, administrations etc...) et/ou pour en recommander la modification. Par exemple, en droit constitutionnel, certains concepts sont omniprésents à l'instar de « l'Etat de droit », la « séparation des pouvoirs », la « démocratie », la « légalité », la « constitution » etc...La pluralité des usages qui en sont faits au soutien de positions doctrinales souvent éloignées impose une

⁴⁷ Pour une mise en avant de la dimension critique de l'épistémologie positiviste, v. E. Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 62-64

⁴⁸ R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, Turin, Giappichelli Editore, 2001.

⁴⁹ « L'objectif de la théorie du droit n'est pas de parvenir à une connaissance plus précise du droit en vigueur mais d'éclairer le sens du discours dogmatique. La théorie collabore indirectement à la connaissance du droit, en tant qu'elle se pose au service de la dogmatique ». R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982, p. 6

⁵⁰ V., R. Guastini, « Norberto Bobbio ou l'art de la distinction », in N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 2

clarification par la mise en évidence des définitions divergentes implicites, des présupposés idéologiques, théoriques : théorie de l'interprétation, théorie des sources, théories de la science juridique. Il est important de préciser que ce travail de clarification a vocation à rendre *in fine* les jugements de valeur possibles, à permettre à chacun, en particulier, aux étudiants, de se forger « un esprit critique » dès lors que les raisons juridiques et politiques des oppositions entre les acteurs et/ou les auteurs sont mises en lumière. Le choix de la neutralité axiologique est donc un choix politique, imprégné d'une vision du monde, celle du relativisme éthique : s'il n'y a pas de vérité en matière de valeurs, chacun doit être mis en mesure de se déterminer en toute autonomie sur les questions politiques, même lorsqu'elles sont exprimées en la forme juridique.

Au terme cette étude, et en dépit des reproches qui sont formulés à l'égard de l'idéal de neutralité axiologique, on peut observer que les positions défendues par les auteurs du courant critique comportent peut-être plus d'éléments de concordance que de discordance avec les tenants de l'approche positiviste. Les représentants de ces courants pourraient bien avoir en partage l'idée que « *l'analyse critique* » est avant tout une méthode de connaissance du droit qui présente au moins trois traits saillants : 1. la volonté de se démarquer de l'approche dogmatique classique en proposant un déplacement du regard sur l'objet « droit », déplacement qui se veut « scientifique » notamment parce qu'il dénote principalement d'une attitude de connaissance. 2. Une volonté de « dévoiler » ce qui n'est pas explicite ou ce qui n'est pas immédiatement perceptible mais qui peut donner accès à la connaissance du droit tel qu'il est. 3. Une conscience certaine du caractère « engagé » des choix réalisés par le scientifique pour appréhender son objet ainsi que de la dimension politique du phénomène juridique, que l'on pourrait résumer dans la formule suivante de M. Troper : « Soulever le voile, c'est comprendre ce qui fait la nature réelle du droit : il n'est pas autre chose que le pouvoir⁵¹ ».

⁵¹ M. Troper, « Kelsen, la science du droit, le pouvoir », *Critique*, n° 642, 2000 (dossier « Juristes et Philosophes »), p. 939