

LE DROIT COMME SCIENCE THEORIQUE

Author

Lucreția DOGARU*

ABSTRACT: *Un des phénomènes sociaux les plus importants est le phénomène juridique du droit positif, les faits et les rapports juridiques, la conscience juridique, les formes institutionnalisées à caractère juridique, et qui, en conséquence, représente une partie du phénomène juridique et non pas le phénomène même.*

Par rapport à la Philosophie du droit, qui étudie le droit du point de vue philosophique, la Théorie Générale du droit l'étudie du point de vue juridique; elle étudie les formes, les contenus, les structures, les fonctions, les mécanismes du phénomène social du droit, étroitement liées à sa réalisation et à sa mise en pratique dans un droit positif, pour les expliquer d'une manière raisonnable.

Pour comprendre comment a pris naissance la science appelée la Théorie Générale du Droit, détachée de la Philosophie du droit, nous avons exposé au début de notre travail une brève archéologie de la notion de « philosophie du droit ».

Dans cette étude nous allons essayer de démontrer avec des argumentes que la Théorie Générale du Droit n'est ni l'Encyclopédie du Droit- ou l'Introduction à l'étude du Droit, ce qui est la même chose - ni la Philosophie du Droit- une recherche sur la genèse et le fondement du droit et de ses principes - mais une synthèse critique des résultats des sciences juridiques, reportées à un système de droit positif. On peut observer dans cette analyse la distinction qu'opèrent certains auteurs entre l'Introduction à l'étude du Droit, la Théorie Générale du Droit et la Philosophie du Droit.

Nous nous proposons également d'entrer en dialogue dans l'approche et l'approfondissement du droit ; dans le délicat, compliqué et profond domaine doctrinaire de la Théorie du droit, afin de reprendre les théories déjà formulées et, pourquoi pas, pour les remodeler par une pensée créatrice, originelle et provocante.

MOTS-CLEF: *phénomènes sociaux, justice, droit objectif, philosophie du droit, science juridique.*

JEL CODE: *K 1*

*Le droit- science théorique et science appliquée*¹. Dans l'usage général, les termes *Droit* et *Justice* s'utilisent avec des sens différents². Ainsi, au terme *Justice* attribue-t-on

* Ph.D, Professor, Faculty of Economics, Law and Administrative Sciences, University "Petru Maior" - Tirgu-Mures.

les sens suivants: d'équité qui institue tout droit positif, dans ce sens, on dit que *la justice est principale*; d'idéal de chaque droit positif, tel qu'il est fixé axiologiquement par chaque législateur; en ce sens, on dit que *la justice est commutative*; de fonction d'autorisation des institutions du système judiciaire; en ce sens, on dit que *la justice est distributive*; de sentiment individuel de justice; en ce sens, on dit que *la justice est subjective*; de prérogative d'une institution habilitée à prononcer le droit (*iuris-dictio*) dans un procès quelconque; en ce sens, on dit que *la justice est technique*. Le terme de *Droit* a lui aussi plusieurs sens: de totalité des normes juridiques destinées à régler la conduite des sujets humains, dont le respect peut être assuré à la rigueur par une force de contrainte socialement reconnue- dans ce sens, on dit que *le droit est objectif*¹; d'ensemble des normes juridiques en vigueur dans un État, dont le respect peut être assuré à la rigueur par une force de contrainte de l'État, par des institutions spécialement habilitées en ce sens, on dit avoir à faire avec le *droit positif*; d'ensemble des prérogatives d'un sujet de droit d'avoir une conduite ou de prétendre une conduite, réglée par le droit objectif, dans le but de la valorisation ou de la défense d'un certain intérêt légalement protégé, dans le cadre d'un rapport juridique concret; en ce sens, on dit que *le droit est subjectif*; de totalité des normes juridiques d'un droit positif qui règlent des conduites humaines dans un domaine homogène de relations sociales - en ce sens, on dit que *le droit est matériel*; d'ensemble des normes juridiques par lesquelles est réglée la procédure de mise en pratique du droit matériel d'un droit positif, de manière à valoriser les droits et les devoirs des participants aux rapports juridiques prévus dans les normes du droit matériel; en ce sens, on dit que *le droit est procédural*; d'ensemble des explications théoriques sur le phénomène social du droit; en ce sens, on considère avoir à faire avec *la science théorique du droit*; d'activité consciente de règlement juridique; en ce sens, on parle de *la science appliquée du droit*; d'ensemble des règles pour conserver l'équilibre dans le milieu social concret de cohabitation; en ce sens, on parle de *l'art du droit*.

Par conséquent, chaque fois qu'on utilise dans notre langage les termes *droit et justice*, il faut normalement préciser le sens qu'on leur attribue.

Comme dans la nature on rencontre beaucoup de phénomènes de la même façon, dans la société, on rencontre beaucoup de phénomènes, appelés phénomènes sociaux: la morale, la politique, l'économie, l'art, la science, la religion. Un de ces phénomènes est le phénomène juridique, formé du droit positif, les faits juridiques, les rapports juridiques, la conscience juridique, les formes institutionnalisées à caractère juridique.

En conséquence, le droit positif représente une partie du phénomène juridique et non pas le phénomène même. Une autre composante est la conscience juridique. Elle comprend, d'un côté, la conscience juridique théorique et de l'autre côté la conscience juridique pratique. La conscience juridique théorique se cristallise dans les sciences juridiques, celles qu'on pratique dans l'activité d'élaboration de la loi, mais aussi de sa réalisation. De sorte que les sciences juridiques sont des composantes du phénomène juridique, mais elles ne sont pas comprises dans le droit positif.

¹ J. L. Bergel, dans la *Théorie Générale du Droit*, Dalloz, Paris, 1999, dit que "La science du droit se nourrit de controverses".

² Voir sur le concept de la justice: Julius Paulus, *Digestes*, 50, 17, I; Aristotel, *Etica Nicomahică*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1988, p. 106-107.

³ H. Capitant, *Introduction à l'Etude du Droit Civil : Notions Générales*, Paris, A. Pedone, 1898 ; L. Dogaru, Gh. Mihai, *The Legal Provision and its Interpretation*, Technical University of Kosice, 2013, p.2.

Pour comprendre comment a pris naissance la science appelée la Théorie Générale du droit, détachée de la Philosophie, il serait intéressant de procéder à une brève archéologie de la notion de «philosophie du droit»⁴.

Si étrange qu'il puisse sembler, l'expression ne s'est pas imposée pour désigner un certain mode de réflexion juridique, que relativement tard. L'utilisation de la notion est devenue courante au début du XIX-ème siècle, en partant de l'Allemagne, plus précisément de l'idéalisme allemand. *Les Principes de philosophie du droit* publiés par Hegel en 1821 ont contribué considérablement au succès d'un terme moins utilisé⁵. En témoigne le fait qu'en 1797, quand le philosophe Fichte publie l'ouvrage *Le fondement du droit naturel*, il utilise le terme de «philosophie du droit», équivalent pour lui avec les expressions «la science du droit» et «la théorie du droit».

En 1543, Lagus fait apparaître *Methodica iuris utriusque traditio*, comme une *Pars philosophica* et une *Pars historica* et en 1638 Hunius signe l'*Enciclopedia iuris universi*-des compendiums des connaissances de droit positif de l'époque, par lesquels est entrée dans l'enseignement juridique européen supérieur une discipline appelée *Encyclopédie juridique*, maintenue pendant trois siècles dans les programmes universitaires d'enseignement.

De l'autre côté, parce que les réflexions philosophiques sur le droit avaient été incluses dès l'antiquité dans la philosophie morale et au Moyen Âge dans la théologie, on ne peut pas parler d'une branche ou d'une partie de la philosophie appelée la philosophie du droit et personne n'a utilisé une telle dénomination. Au XVII-ème siècle, les juristes Thomasius et ensuite Grotius développent dans leurs ouvrages une théorie métajuridique sur le droit naturel, théorie qui a été ultérieurement identifiée avec la philosophie du droit.

La philosophie du droit, apparue au XIX-ème siècle, recherche la genèse et le fondement de l'idée de droit. En ce qui concerne la genèse et le fondement du droit, dans la philosophie du droit, on a élaboré plusieurs théories, dont une est celle du droit naturel. On a donc à faire avec une confusion du tout (la philosophie du droit) avec une de ses composantes (la théorie du droit naturel).

Il est vrai que l'école historique allemande a durement critiqué la théorie du droit naturel, mais elle n'a pas globalement rejeté toutes les réflexions philosophiques sur le droit. Kant, à son tour, qui a préféré les termes de «doctrine du droit» ou «métaphysique du droit», continue la théorie du droit naturel, mais sur d'autres fondements.

Autour des années 1830, parallèlement à l'*Encyclopédie du droit*- une étude préparatoire dans la science du droit, descriptive, appelée ultérieurement *Introduction à l'étude du droit*- s'est installée l'habitude d'appeler «Philosophie du droit» le type d'ouvrages qui, à côté des débats sur un idéal abstrait du «juste», abordaient des problèmes liés à la réalité historique, «positive», des phénomènes juridiques, sans s'engager dans une discussion empirique sur la jurisprudence ou avec la science du droit positif. Ce type d'ouvrages se trouve à l'origine de la *Théorie Générale du Droit*, qui se détache de l'*Encyclopédie du droit* seulement après 1935.

⁴ Pour détails, voir Ch. Behrendt, Fr. Bouhon, *Introduction à la Théorie Générale de l'Etat*, Recueil de textes, Collection, Larcier, 2012

⁵ Gh. Mihai, R. I. Motica, *Fundamentele dreptului- Optima justitia*, Ed. All Beck, Bucarest, 1999, p.2 ; Gh. Mihai, L. Dogaru, *Lecons sur la Théorie du Droit*, IRL, Lausanne-Suisse, 2007, p.52.

Donc, la Théorie Générale du Droit n'est ni l'Encyclopédie du droit- ou Introduction dans l'étude du droit, ce qui est la même chose- ni la Philosophie du droit- une recherche sur la genèse et le fondement du droit et de ses principes - mais une synthèse critique des résultats des sciences juridiques, reportées à un système de droit positif.

Les différences d'objet de l'Encyclopédie du droit, Introduction à l'étude du droit et de la Théorie générale ne sont pas tout à fait claires pour tout le monde.

Pour illustrer cette idée nous allons présenter les principaux problèmes du *Traité d'Encyclopédie du droit*⁶: Qu'est-ce que c'est que le droit; Le droit et la religion, le droit et la morale, le droit et la science; Les divisions du droit; Les sources du droit; Les facteurs de configuration du droit; l'Interprétation juridique; La technique du droit; La responsabilité juridique.

Les principaux thèmes de l'ouvrage *Introduction à l'étude du droit*⁷ sont: L'essence du droit; L'explication du droit; Les sources du droit; La norme juridique et son interprétation; Le rapport juridique; La responsabilité juridique; La technique juridique. *La Théorie Générale du Droit (l'Encyclopédie juridique)*, publiée par M. Djuvara en 1930, comprenait: Qu'est-ce que c'est que le droit, ses divisions et ses branches; Les réalités juridiques: la personnalité juridique, la relation juridique, son objet, le rapport juridique, les faits et le droit, les sources du droit positif, l'interprétation du droit, la réalisation du droit, les rapports du droit avec la morale, la religion, etc. Brève histoire des écoles juridiques européennes. Ensuite, *La Théorie Générale du Droit*, publiée par I. Humă en 1995, comprend: La genèse et l'essence du droit; La norme juridique et son interprétation; Les sources du droit; L'élaboration, la systématisation et la réalisation du droit; Le rapport juridique et la responsabilité juridique.

L'énumération de ces ouvrages met en évidence la vague différence de problématique entre *l'Encyclopédie du droit*, *Introduction à l'étude du droit* et *la Théorie générale du droit*. En réalité la première a été une discipline d'enseignement juridique universitaire, la deuxième est une discipline d'enseignement juridique universitaire avec le rôle de traduire didactiquement les idées de la science nommée la Théorie Générale du droit.

Comparons les termes des trois ouvrages typiques, signés par des noms importants dans le domaine: Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, 1992. Ses grandes thèmes sont: L'existence du droit- le critère, le fondement et le système du droit; Les composantes du droit- les sources du droit objectif; Les sources des droits subjectifs- les actes et les faits juridiques, les titulaires des droits subjectifs; La réalisation du droit- la connaissance, l'interprétation, l'application et la preuve du droit; Le procès judiciaire. À l'exception des thèmes «*La preuve du droit*» et «*Le procès judiciaire*», les autres se retrouvent chez les auteurs roumains qui publient des ouvrages soit sous le titre de Théorie Générale, soit sous le titre d'Introduction à l'étude du droit, soit même sous le titre d'Introduction à la Théorie Générale du droit; J.L.Bergel, *Théorie Générale du droit*, 1999. Ses grands thèmes sont: Les principes du droit; Le droit et le temps et l'espace; Le droit et les faits sociaux; Les institutions juridiques; Le langage juridique; Le

⁶ Publié en 1932-1942, dont l'auteur est le fameux Al.Văllimărescu, republié en 1999, Ed. Lumina Lex, Bucarest.

⁷ *Traité* publié en 1992 par I. P.Marcu, L'Université Bucarest.

raisonnement juridique. À l'exception du premier point, les autres ne se retrouvent dans aucun ouvrage roumain qui ait le titre de *Théorie générale du droit*⁸.

On peut observer facilement la distinction nette qu'opèrent certains auteurs entre l'Introduction à l'étude du droit, la Théorie Générale du Droit et la Philosophie du droit.

En ce qui concerne la philosophie du droit, si on analyse l'utilisation du terme après le XIX-ème siècle, on observe une certaine régression et, en tout cas, un net bouleversement dans les tendances. La preuve en est la manière dont ces déplacements sont évidents dans l'enquête publiée en 1962 par les Archives de la philosophie du droit dans un numéro intitulé «Qu'est-ce que la philosophie du droit?». Parmi les réponses à un questionnaire il est à retenir le point de vue de G. Kalinovski: «Le terme de philosophie du droit apparu au début du XIX-ème siècle ou à la fin du XVIII-ème siècle, très probablement en Allemagne, est aujourd'hui adopté en principe par ceux qui admettent un droit naturel reconnu dans le monde de la métaphysique, tandis que le terme de philosophie du droit, est préféré par ceux qui sous l'influence kantienne, du positivisme et du marxisme restent hostiles à la métaphysique et au droit naturel.»⁹

Même si dans cette opinion la suggestion concernant l'influence du kantianisme¹⁰ est provisoirement laissée de côté, il faut retenir une mention essentielle: il existe deux philosophies du droit: une identique avec la théorie du droit naturel, qu'on suppose être l'œuvre des philosophes, les incorrigibles métaphysiciens et une autre appartenant aux juristes, sous le titre de «théorie du droit» qui a comme objet les problèmes généraux du droit, en faisant abstraction de toute référence au «droit naturel». Le déplacement est sans doute l'œuvre de H. Kelsen, incontestablement l'un des juristes «philosophes du droit» du XX-ème siècle, dont l'œuvre principale, publiée en 1934, n'est pas intitulée «philosophie du droit» ni «encyclopédie du droit» mais *Théorie pure du droit*. Ainsi, par ce changement terminologique, a lieu la rupture avec ce qui avait été aux yeux de Kelsen la philosophie du droit, une «métaphysique du droit naturel», capable de «déterminer le droit juste et par cela un étalon de valeur du droit positif»¹¹. En ce qui concerne ce problème du «droit juste» ou de la «justice», Kelsen soutient qu'il est intéressant, mais que, s'agissant d'un «problème de valeur», il peut faire place à de simples prises de position subjectives; bref, s'il faut essayer de conférer aujourd'hui à la réflexion sur le droit la rigueur qu'elle doit avoir, on la remplace avec le point de vue scientifique. Cet effort vers une science du droit objectif demanderait la mise entre parenthèses de ce type de questions. D'ici la stricte délimitation que Kelsen, dans sa réponse à l'enquête des Archives de la philosophie du droit, ne tarde pas à l'établir entre la philosophie du droit et la théorie du droit. Il écrit à propos de ce sujet: «Je crois que la théorie du droit et la théorie générale du droit ont également des raisons d'exister. La philosophie du droit essaie de répondre au problème de la connaissance des règles que le droit doit adopter ou d'établir; en d'autres termes, son

⁸ H.L.A.Hart, dans *Le concept de Droit*, Oxford, Clarendon Press, 1994, les grands thèmes de philosophie du droit sont: Commandes, ordres, lois, variétés de lois; L'habitude d'obéissance et la continuité du droit; Les bases d'un système juridique; La justice, le droit et la morale; La pathologie d'un système juridique; la validité juridique.

⁹ *Les archives de la philosophie du droit*, 1962, apud. A. Renaut et L.Sosoe, *Philosophie du droit*, PUF, Paris, 1991 que nous allons suivre dans cet ouvrage

¹⁰ Ce mode de situer le kantianisme de la part des philosophes qui n'ont pas influencé la critique du droit naturel est très problématique.

¹¹ H. Kelsen, *La doctrine pure du droit*, traduit par I. Constantin, Ed. Humanitas, Bucarest, 2000, p.36 ; L. Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, New York, Oxford University Press, 2007.

sujet spécifique est le problème de la justice. Etant donné le fait que la justice est un postulat de la morale, la philosophie du droit constitue une branche de la philosophie morale ou ethnique. Sa méthode est justement la méthode de cette discipline. Au contraire, la théorie générale du droit a comme sujet le droit tel qu'il est, effectif, c'est-à-dire le droit positif, tant national qu'international. L'objectif consiste dans l'analyse de la structure du droit positif et dans la fixation des notions fondamentales de connaissance de ce droit.»

En dépit de l'ouverture apparente dont il fait preuve, en reconnaissant à chaque manière d'abordage une «raison d'être», la réponse de Kelsen est aussi une déclaration de guerre adressée à la «philosophie du droit», dévalorisée brutalement au profit d'une «théorie générale» ornée avec le prestige du point de vue scientifique. Les disciples de Kelsen, d'ailleurs, ne se sont pas trompés dans cette direction, expliquant et radicalisant cette dévalorisation d'une philosophie du droit tellement comprise. Lévy-Bruhl croit, dans la même enquête, qu'il peut déclarer «poussièreuse et périmée» l'idée de la «philosophie du droit». Même Ch. Perelman soutenait que «il y a parmi les juristes professionnels une méfiance instinctive, d'ailleurs pleinement justifiée, en ce qui concerne la philosophie du droit»¹².

Il y a de nets témoignages qu'au cours de son histoire et par l'intermédiaire des déplacements successifs de sens, la philosophie du droit a réellement fini par explorer, sur le point d'être renvoyée par les juristes dans le camp des philosophes, comme un ingrédient désuet de la pensée du métaphysicien, stigmatisée déjà par Nietzsche. Avant même d'analyser et de discuter les raisons d'une telle condamnation, retenons que ces conflits entre un juriste et un philosophe autour de la «philosophie du droit» se concentrent sur la relation entre la philosophie du droit et l'idée du droit naturel. Il faut poser au moins trois questions, qu'aucune condamnation ou mépris de la philosophie du droit ne peut éluder aujourd'hui: Pourquoi la philosophie a-t-elle réfléchi plus de deux mille ans sur le phénomène juridique sous la forme d'une théorie du droit naturel? Pourquoi ce type d'abordage du droit s'est sensiblement dévalorisé, en quelques étapes? Ce recul de la théorie du droit naturel impose à la philosophie du droit la possibilité de l'adoption, dorénavant, des autres procédures? Ou, au contraire, il faudrait prendre en considération une renaissance du droit naturel, que certains, contre Kelsen et contre ses disciples, ont louée d'une manière explicite?

Ou, encore une fois, si on préfère grouper ces questions dans une seule question: existe-t-il aujourd'hui une philosophie du droit qui puisse faire abstraction de l'idée du droit naturel? Autrement dit, peut-on concevoir dans la philosophie du droit, une utilisation et un statut de l'idée de droit naturel qui ne tombe pas sous les coups des critiques, reçus dès le début du XIX^e-ième siècle, surtout de la part du positivisme juridique?

Sans prévoir quand même la réponse optimale, nous serons d'accord que cette question complexe doit être développée: parce que non seulement elle se trouve dans le vif de ce qui a contribué à diviser les juristes et les philosophes, mais aussi dans de

¹² Même Ch. Perelman soutenait que « il y a parmi les juristes professionnels une méfiance instinctive, d'ailleurs pleinement justifiée, en ce qui concerne la philosophie du droit », dans *Les archives de la philosophie du droit*, 1962 .

nombreux conflits concernant le droit entre les philosophes mêmes, spécialement ceux contemporains.

On pourrait considérer que la question sur le droit naturel est définitivement close. De telle manière que, si on voulait construire une philosophie du droit en partant de la clôture de cette question, il faudrait dès le début dénoncer les philosophes avec leur incurable tendance de s'attacher plutôt à l'idéal qu'au réel, aux valeurs qu'aux faits. Autrement dit, philosopher en tant que juristes, enrésés dans des dates certes et profitables de la casuistique des tribunaux, en respirant l'air loyal des règlements en vigueur dans un droit positif? Le risque est que de la casuistique profitable des tribunaux de chaque État, de chaque époque naissent autant de philosophies que de systèmes de droit positif existants pour justifier n'importe quoi.

C'est pourquoi on observe, d'un côté, qu'il y a une réactivation de la problématique du droit naturel à l'appui même des juristes, sans une liaison évidente avec le fait juridique; de l'autre côté on observe que si à propos de ce fait juridique, il y a de la place pour une intervention spécifiquement philosophique, elle dira inévitablement son opinion.

De beaucoup de points de vue, la fin du XX-ème siècle a été marquée par un événement qui concerne directement l'ordre juridique: un extraordinaire retour du droit positif au droit naturel. Il faut reconnaître que ce retour n'est pas dû aux théoriciens mais aux praticiens juristes, dès la cinquième décennie. Certains actes juridiques internationaux, les successifs traités de constitution d'une Europe unie, affirmaient des idées iusnaturalistes, contre les doctrinaires positivistes.

En même temps, les décennies six et sept ont été dominées par une conception des rapports sociaux et politiques hérités en grand du marxisme. Il n'est pas moins vrai que dans la pensée marxiste sont apparues diverses variantes, certaines purement intellectualistes, comme dans l'Occident européen, d'autres populistes, comme dans l'Europe de l'Est. Bien sûr, les unes comme les autres n'ont pas cessé d'interpréter les événements sociaux dans des termes de rapports de force, en opposant les exploitants et les exploités, ou, si on préfère, «les bourgeois» et «les ouvriers»; dans un tel contexte idéologique, le droit ne pouvait pas être qu'une composante de la superstructure, déterminée par la base économique; en dépit de l'addition «au dernier instant», la superstructure - et avec elle le droit aussi- reflète et dépend de toutes les transformations de la base économique, qu'elle sert avec fidélité¹³.

La réduction du juridique n'a pas cessé de caractériser la réflexion des principaux représentants de la «pensée 68»¹⁴; Foucault, par exemple, ne stigmatise pas moins ni le tribunal comme appareil d'État en reconstituant une «espèce de division du travail» entre les intellectuels et les «masses»¹⁵. Rien de surprenant, si un Deleuze, dans l'ouvrage qu'il lui consacre, soutient que pour Foucault «la loi est la guerre même et la stratégie de cette guerre en acte»; ce que Bourdieu, en 1986 pouvait légèrement reprendre en prétendant qu'il dévoile «la position globale du camp juridique dans le camp du pouvoir»; il y montre comme tout dans le domaine juridique contribue à la reproduction sociale, c'est-à-

¹³ Dans le livre de H. Hamon, P. Rotman, *Génération*, Paris, Le Seuil, 1988, Vol.II, on lit qu'en 1972, à l'occasion du meurtre sadique de Bruax-en-Artois, la très maoïste «cause du peuple» estime que «seulement un bourgeois pouvait faire ça» et demande «juridiction pour que les différents actes possibles de vengeance soient conformes au droit, un droit du peuple qui n'a rien en commun avec les anciennes juridictions féodales».

¹⁴ Idem

¹⁵ Ibidem.

dire la perpétuation des rapports de force socialement existants. Pour l'idéologie communiste le droit ne cesse pas d'apparaître comme un instrument particulièrement pervers de la lutte de classe.

Après 1990 il est devenu évident pour chacun, devant les bouleversements survenus dans les pays de l'Est, que la valeur et la dignité du droit subjectif ont résisté aux systèmes qui ont voulu les nier; mais au début des années 80 a été asuivi le phénomène qui se passait de l'autre côté du « rideau de fer » par la brèche ouverte en Pologne par la « Solidarité » dans le système totalitaire. Si on se rapporte aux publications de l'époque, il est facile à remarquer que le mouvement polonais jusqu'à son succès éphémère de l'été de l'année 1980 a été perçu comme animée par une référence très accentuée au droit et surtout aux droits de l'homme, pris comme valeurs politiques indispensables. Tout d'un coup on a découvert que le droit n'est pas seulement une catégorie mais aussi une valeur¹⁶.

Les années qui ont suivi, ont prolongé ce réinvestissement dans les valeurs juridiques, en consistant dans l'affrontement pratique de l'oppression et de la force au nom de celle-là. Ainsi, la condamnation de l'intervention soviétique en Afghanistan a été faite au nom du droit des peuples, lorsque jadis, la critique de l'impérialisme se faisait moins par des références à des principes juridiques qu'à une certaine vision du sens de l'histoire, dominée, le plus souvent, de la perspective de l'instauration du socialisme. L'affrontement pratique de la force brutale au nom des valeurs juridiques, et non pas des textes de la loi, a été de plus en plus vigoureux, sur le plan des rapports entre les individus ou les groupes d'individus, la société et l'État, par les activités d'association comme « Amnesty International » et « Charte 77 » ou même les interventions humanitaires des groupes de médecins. Il ne faut pas sousévaluer l'ampleur des révisions idéologiques, que de tels déplacements supposeraient: dans certaines conditions, le droit, autrefois considéré comme complice objectif du pouvoir politique, devenait susceptible de symboliser une instance supérieure à celle-ci, à laquelle on pourrait se rapporter contre la politique même.

Dans la même fin de millénaire on constate l'ambiguïté inhérente à l'individualisme des sociétés démocratiques: d'un côté, sans doute, l'individu émancipé par le poids des traditions et la tutelle des hiérarchies, gagne une forme de liberté, c'est-à-dire l'indépendance; mais de l'autre côté, dans les sociétés où chaque individu suit dans toute son indépendance la réalisation de ses buts, le tissu des relations sociales s'affaiblit de plus en plus et les conflits entre les intérêts privés augmentent. Cette évolution troublante vers une atomisation du social, était soulignée par G. Lipovetsky dans les belles pages finales de l'ouvrage *L'empire de l'éphémère: la mode et son destin dans les sociétés modernes*, où il dénonçait « la leucémisation des relations sociales », de telle manière que les références communes entre les individus disparaissent et l'on risque ainsi le déclenchement d' « une impasse relationnelle, une crise communicationnelle hors pair »¹⁷.

On peut présenter aussi différemment cette aporie majeure de l'individualisme contemporain, en insistant sur la manière dont la dynamique des sociétés modernes

¹⁶ Exactement le contraire de ce que soutenaient les juristes disciples de Kelsen.

¹⁷ Cette évolution troublante vers une atomisation du social, était soulignée par G. Lipovetsky dans les belles pages finales de l'ouvrage *L'empire de l'éphémère: la mode et son destin dans les sociétés modernes*, Ed. Gallimard, 1987, où il dénonçait « la leucémisation des relations sociales », de telle manière que les références communes entre les individus disparaissent et l'on risque ainsi le déclenchement d' « une impasse relationnelle, une crise communicationnelle hors pair ».

impliquent l'érosion continue des formes et des contenus traditionnels: dans les sociétés antérieures le poids des traditions, donc du passé, prédéterminait les comportements individuels et limitait le libre choix; par contre, l'individualisme contemporain conçoit la détermination des règles et des normes par la libre manifestation des libertés individuelles. Ce déplacement, inhérent à l'instauration de l'ère démocratique, définit un incontestable progrès, mais il ne pose pas moins de problèmes philosophiques et juridiques complexes. Car, de tout le domaine des valeurs qui déterminent les comportements, la résurrection des traditions nous a fait nous rapporter à des conditions préétablies. Par cela, un champ infini de questions s'ouvre à l'individualisme contemporain: une fois que les repères hérités ont été dissous ou soumis à un processus de révolution permanente, l'individu découvre qu'il n'a pas de certitudes absolues et il a plus d'étonnement qui reste sans réponse. Cette situation bouleversante soumet nos sociétés à une permanente mobilité et demande aux individus d'inventer sans cesse des règles et des normes nouvelles. Il n'est pas du tout étonnant que dans de telles conditions avec plus de liberté individuelle, il y a aussi « plus d'inquiétude pour la vie », plus d'indépendance privée mais aussi « plus de mal dans la vie sociale ». Le problème apparu pour l'individu contemporain par la fin des traditions et des certitudes établies, est au fait l'inquiétant problème de la limite et du fondement de la limite et dans ce contexte, a été augmenté *le besoin de droit*.

Voilà une confusion dont les conséquences sont difficiles à évaluer: dans les sociétés où les repères traditionnels se sont estompés, l'horizon des possibilités s'est élargi de telle manière que l'individu se demande souvent: par où peut-il, jusqu'où peut-il et jusqu'où doit-il aller? Pour nous en convaincre il suffit de prendre en considération, par exemple, le domaine de la bio-éthique: les hommes de science, les médecins et même les personnes privées, comme suite à la considérable augmentation des possibilités d'opérations génétiques, coïncidant avec une dissolution des repères moraux traditionnels, se sont trouvés devant des situations tout à fait inédites, où presque tout devient techniquement réalisable, soit qu'il s'agit d'interrompre la vie d'un enfant né anormalement, de confier un embryon à une mère portante qui puisse être la mère même ou la sœur de la mère biologique; ou même de négocier la location, si on peut s'exprimer ainsi, d'un ventre maternel. Devant tels problèmes, toute la difficulté consiste dans la détermination des limites axiologiques au-delà desquelles l'expérimentation deviendrait antihumaine.

En ne pouvant plus la pratiquer au nom de la tradition, qui nous manque, la fixation des limites de respect ne peut pas être laissée à la conscience de chaque individu, car faute de repères traditionnels, érodés par la dynamique de la démocratie individualiste, la conscience solitaire est désarmée devant une telle responsabilité.

C'est d'ici que part la pratique, récemment développée, des « comités des sages » qui consiste dans la délégation d'un certain nombre de personnalités dotées d'une forme ou une autre d'autorité et de compétence, avec le devoir de fixer des limites du respect. Mais cette pratique entraîne d'autres difficultés, impossibles à aborder dans cet ouvrage, surtout en ce qui concerne la composition des comités, l'accord avec les institutions démocratiques habituelles, spécialement avec le parlement; elle est quand même significative pour un immense besoin de droit, probablement sans précédent dès la révolution française: ce que nous prétendons aux sages c'est la formulation des principes d'une limitation des possibilités, dans différents domaines et fixer ainsi non seulement des limites mais aussi les instituer. Évidemment, en ce qui concerne la morale, les comités des sages sont des créations de non-sens, car la morale ne peut pas être la création d'une

commission, d'une société ou d'une association, mais le produit de l'expérience spirituelle multiple, répétée et de longue durée des peuples.

Il est impossible que le droit tienne place à la morale. Mais n'est-il pas aujourd'hui l'instrument de la limitation de l'individualisme, quand même d'une limitation imposée, sous la forme de la loi, l'exercice d'une liberté individuelle pour la faire compatible avec la liberté des autres? Le droit moderne rend possible la liberté en fixant des limites, acceptées telle quelles, pour l'usage infini des libertés. En ce sens est ressenti le besoin de droit de plus en plus dans les sociétés démocratiques individualistes dans lesquelles, faute des repères traditionnels, la liberté fait preuve à chaque pas des possibilités infinies « ou presque infinies » de manifestation.

L'écroulement du marxisme comme principal ingrédient idéologique de l'antijuridisme, comme d'ailleurs aussi les difficultés internes dans la dynamique de l'individualisme contemporain ont donné naissance à un brusque besoin de droit, comme autolimitation de chaque liberté avec la condition de la liberté de l'autre; ce sont, sans doute, les deux facteurs principaux d'une spectaculaire reconsidération du droit comme valeur-repère et, implicitement, d'une revitalisation de la philosophie du droit.

Pour cela il faut insister sur la fonction critique du droit devant les faits sociaux, le plus souvent, contre eux. Ainsi, contre le fait totalitaire, les pays de l'Est ont retrouvé dans le droit, ces dernières années, l'instrument de leur critique et donc de leur lutte. Également, contre les abus et les contradictions qui caractérisent l'usage des libertés, dans les sociétés individualistes la fonction critique du droit se réaliserait d'ailleurs dans ses deux sens: simultanée comme une mise en discussion et comme une délimitation. De cette fonction critique inhérente au droit résulte facilement une question adressée à la philosophie: comment doit-on raisonner dans cette fonction critique et quelles sont ses conditions de possibilité? En d'autres termes: qu'est-ce qu'il faut supposer, concernant le droit et la relation avec le fait, donc en ce qui concerne la manière d'être du droit (son statut ontologique) pour qu'il puisse accomplir effectivement cette fonction?

En principe atemporelle, parce qu'intrinsèquement liée à l'essence même du droit, la fonction critique a été principalement refusée par la pensée positiviste des juristes, le droit étant plus que jamais menacé de ne pas pouvoir réaliser cette fonction critique et de ne percevoir plus les moyens de la garder. Une appréciation sévère sur l'esprit du temps, sans doute, mais qui vaut d'autant plus pour l'univers intellectuel des juristes dominé par le technicisme, que pour celui des philosophes, dominé par l'historicisme.

Tout le courant kelsenien, en opposant, tel que nous l'avons dit, la *Théorie générale du droit* à la *Philosophie du droit*, considère comme inutile toute la discussion sur le droit naturel; ainsi a-t-il contribué à l'amputation du droit de sa dimension critique: si la science du droit se réduit à un analyse technique de la structure interne constitutive d'un droit positif donné, elle n'a pas de raisons d'examiner aucune des représentations du juste et de l'injuste, en vertu desquelles pourrait se fonder un système juridique donné. Au-delà de la logique interne d'un droit positif, relevée par la théorie générale du droit, se trouve le fondement axiologique de la Justice, sans lequel l'évaluation comme juste ou injuste de ce droit positif n'est pas possible.

Or, sur ce fondement réfléchit la philosophie du droit, répudiée par la pensée positiviste du juriste technicien. En dérive: l'incapacité d'une théorie du droit d'établir des repères certains d'évaluation d'un droit positif.

Vu que la catégorie de *Sollen* n'est pas du tout pour le positivisme une «idée transcendante de droit», fonctionnant comme un absolu, mais qu'elle constitue seulement une notion formelle, étant utilisée pour l'expression de la logique interne d'un système juridique, elle exprime également l'ordre interne de l'ordre juridique fasciste, communiste et librement individualiste¹⁸. En refusant de prendre en considération le problème de l'existence des lois injustes posé au droit positif, le positivisme risque de lui dissoudre le contenu.

Parallèlement, sur le plan philosophique a été cultivé, sans nuances, le thème de l'historicisation de toutes les catégories de pensée. L'œuvre de M. Foucault souligne le mieux cette dissolution de l'univers: si à chaque époque correspond un épistème, un «a priori historique», constitué selon la manière dont l'homme conçoit alors «la manière d'être des objets» et définit les conditions dans lesquelles peut tenir à propos des choses un discours reconnu comme vrai, alors il n'y a pas de catégories meta-historiques; en conséquence, dans la totalité de ces moments, le discours juridique, même lorsqu'il semble s'élever au-dessus de l'expérience juridique positive (par exemple pour définir des critères de juridicité, a *fortiori* pour viser des valeurs avec prétention universelle comme celles du droit de l'homme) reste solidaire avec les systèmes juridiques positifs, qui sont eux-mêmes reflétés dans le cadre des expériences juridiques, elle aussi positives¹⁹. L'historicisme philosophique soutient ainsi qu' «aucun principe ne peut plus être pensé comme universel»²⁰.

Dans ce double contexte, on peut mettre le problème philosophique d'un droit irréductible au fait, c'est-à-dire d'un droit conforme à son essence; est-il vrai qu'il n'existe pas de droit susceptible d'être pensé que par son opposition au fait? Mais pourquoi identifier ce besoin à «un besoin de philosophie»? Ou, plus précisément, à quel sens de la philosophie s'adresse cette demande? Qu'est-ce qu'il faut pour qu'une philosophie du droit soit comprise dans le sens d'une recherche des conditions de possibilité du juridique tel qu'il est?²¹.

Comprise dans un mode «critique», la démarche de la philosophie est donc celle qui questionne ce que le concept suppose de notre part pour pouvoir être pensé conformément à son sens. Non pas sur l'objet du concept de droit a encore le philosophe la légitimité de s'exprimer mais seulement sur l'objet des sciences de la nature et, certainement, il n'existe pas de philosophe conscient du destin de sa discipline qui risquerait quand même aujourd'hui de construire, sous le nom de philosophie du droit, un système de droit en déduisant *sub specie aeterni*, en partant de principes posés comme intangibles, l'ensemble des moments constitutifs d'un ordre juridique. Ce style de philosophie du droit, d'ailleurs, susciterait l'ironie des juristes, d'autant plus que, sur le plan des compétences acquises, le philosophe n'est pas probablement le plus avisé à tenir un discours sur l'objet du concept de droit.

En revanche, la question sur les exigences d'un concept, que ce soit celui du droit, relève un devoir propre au philosophe, celui qui s'est dégagé progressivement et surtout à la faveur du moment kantien de l'histoire de la philosophie même. Certainement, ce qui

¹⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1976, p.248 et suivantes ; H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Librairie Generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1979, p. 123.

¹⁹ Fr. Ewald, *L'État providence*, Ed. Grasset, Paris, 1986, p.85.

²⁰ Idem.

²¹ Voir, Gh. Mihai, L. Dogaru, *L'Inévitable droit*, Ed. Risoprint, Cluj-Napoca, 2006, p.24.)

pour le philosophe est une question possible, pour les juristes, elle apparaît comme probable, en conséquence le conflit actuel entre les juristes et les philosophes pourrait connaître une atténuation par la connaissance et le respect réciproques des compétences et des talents des uns et des autres.

Etant donné ce fait, une telle philosophie critique du droit gagnerait sans doute de l'efficacité, si- en s'inspirant de ce qui se constate dans le droit positif, ils procédaient à une démarche négative sous la forme d'une réflexion préliminaire sur les conditions d'impossibilité du droit; par de telles conditions d'impossibilité on comprendrait justement ces configurations intellectuelles dans lesquelles le concept de droit perd son sens et qui constituent donc, au moins virtuellement, des négations du droit.

Une philosophie du droit, en nous interrogeant sur les conditions de possibilité du juridique, supposerait, pour déterminer les conditions à éviter ces deux négations du droit, l'actualisation des configurations intellectuelles d'où elles dérivent, l'élucidation de leur origine, les différentes formes qu'elles auraient pu prendre, figures particulières qui leur appartiennent aujourd'hui, la logique qui les soutient et qui leur a conféré une telle force de persuasion. De ce point de vue, la nécessité d'une démarche négative se ferait plus ressentie si on étudiait avec plus de précision ce que dans une culture et dans une pensée contemporaine, traversée par historicisme et positivisme peut mettre des obstacles à une réévaluation réfléchie, consistante et donc durable de l'instance juridique.

Conclusions

Le phénomène juridique, social peut être étudié de plusieurs points de vue: sociologique, philosophique, juridique, logique, historique. Par rapport à la Philosophie du droit, qui étudie le droit du point de vue philosophique, la Théorie Générale du droit l'étudie du point de vue juridique. Elle étudie les formes, les contenus, les structures, les fonctions, les mécanismes du phénomène social du droit, étroitement liées à sa réalisation et à sa mise en pratique dans un droit positif, pour les expliquer d'une manière raisonnable. Il n'existe pas une Théorie Générale du droit, dans son universalité mais dans sa particularité, liée à sa manière positive d'existence.

La science théorique du droit est une somme de sciences appelées sciences juridiques, sciences qui ont comme domaine de recherche épistémique le droit, tel qu'il apparaît dans sa forme positive. On peut observer facilement la distinction nette qu'opèrent certains auteurs entre l'Introduction à l'étude du droit, la Théorie Générale du Droit et la Philosophie du droit.

La Théorie du Droit se trouve à la base de toute doctrine juridique qui fait appel à des catégories pour définir des notions spéciales. Elle vise le droit dans son universalité, sans renoncer au dialogue avec la philosophie, ayant comme référence de recherche le droit même plus que dans sa positivité variable.

Dans cette étude nous sommes entrée en dialogue à propos de l'approche et l'approfondissement du droit; dans le délicat, compliqué et profond domaine doctrinaire de la Théorie du droit, afin de reprendre les théories déjà formulées et les remodeler par une pensée créatrice, originelle et provocante.

RÉFÉRENCES ET RENVOIS BIBLIOGRAPHIQUES

- Aristotel, 1988. *Etica Nicomahică*. București: Științifică și Enciclopedică.
Batiffol, H., 1979. *Problemes de base de philosophie du droit*. Paris.

- Bergel, J.-L., 1999. *Theorie generale du droit*. Paris: Dalloz.
- Capitant, H., 1898. *Introduction a l'Étude du droit civil: notions generales*. Paris: A. Piedone.
- Ch. Behrendt, F. Bouhon, 2012. *Introduction a la theorie generale de l'Etat*. Larcier.
- Dogaru, L. & Mihai, Gh., 2006. *L'Inevitable droit*. Cluj-Napoca: Risoprint.
- Ewald, Fr., 1986. *L'État providence*. Paris: Grasset.
- Hart, H.L.A., 1994. *Le concept de droit*. Oxford: Clarendon Press.
- Kelsen, H., 2000. *La doctrine pure du droit*. Bucarest: Humanitas.
- Lipovetsky, G., 1987. *L'empire de l'éphémère: la mode et son destin dans les societes modernes*. s.l.:Gallimard.
- Dogaru, L. & Mihai, Gh., 2013. *The Legal Provision and Its Interpretation*. Kosice: Kosice Technical University.
- Marcu, I., 1992. L'Universite Bucarest.
- Paulus, J. *Digestes*.
- Perelman, C., 1962. *Les archives de la philosophie du droit*.
- Rotman, H. & Hamon, P., 1988. *Génération*. Paris: Le Seuil.
- Sosoe, A. R. & Renaut, L., 1991. *Philosophie du droit*. Paris: PUF.
- Vinx, L., 2007. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*. New York: Oxford University Press.
-
-
-