

L'usage d'argument historique dans le discours juridique

Marc Cottureau
A.T.E.R à l'Université Toulouse I
Institut Maurice Hauriou
(Atelier E)

Comprendre les relations qu'entretiennent le droit et l'histoire n'est pas chose aisée. Entre attraction et répulsion, entre rivalité et complémentarité¹, l'histoire et le droit entretiendraient des relations ambivalentes. Ainsi, l'histoire pourrait être appréhendée comme un éclairage complémentaire et indispensable à la connaissance juridique. L'histoire alimenterait « *indirectement la science du droit en rendant factuellement intelligible le contexte de production et d'application de son objet* »² et serait surtout « *nécessaire à l'étude des phénomènes de changements révolutionnaires de constitutions [...]* »³. L'histoire serait aussi une manière de légitimer la production de certaines normes. Elle serait alors instrumentalisée dans le but d'offrir un « *support nécessaire au mythe du pouvoir et à sa légitimité temporelle* »⁴. Enfin, et cela peut paraître surprenant, l'histoire influencerait la production de théories du droit. « *Cette influence, on peut la concevoir de deux manières : l'histoire peut servir de répertoire d'exemples, de concepts ou de théories justificatives ; mais elle peut elle-même sécréter des théories* »⁵. Ainsi entendue, l'histoire est susceptible d'être utilisée de trois façons différentes. Elle peut être un instrument de légitimation au service d'acteur institutionnel⁶, elle peut être un instrument de connaissance au service du scientifique et elle peut enfin être un instrument de production au service du théoricien.

L'objectif de cette contribution est, comme son titre l'indique, de mettre au jour les différentes utilisations de l'histoire dans le discours juridique. Par « discours juridique », il est fait référence ici à la fois au discours doctrinal et au discours théorique. Il s'agira donc de mettre en

¹ Emmanuel CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *R.F.D.C.*, 2006, n° 67, p. 509-534.

² *Op. cit.*, p. 513.

³ *Op. cit.*, p. 514.

⁴ *Op. cit.*, p. 523.

⁵ Michel TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 274.

⁶ C'est d'ailleurs l'un des intérêts du recours aux travaux préparatoires par les différentes juridictions et singulièrement le Conseil constitutionnel. Au travers de la référence à ces derniers, « *le Conseil est maintenu dans son rôle d'organe régulateur et il rehausse la souveraineté normative du Parlement. Le juge s'emploie à consolider la légitimité de l'organe producteur de normes pour asseoir et renforcer sa propre légitimité* ». Voir sur ce point Audrey ROSA, « La référence aux travaux parlementaires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : un instrument de renforcement de la légitimité du juge et du législateur », *R.F.D.C.*, à paraître (sept. 2014).

lumière les diverses utilisations de l'argument historique par le chercheur dans son activité de modélisation de son cadre catégoriel ou lors de l'utilisation de ce dernier. Une précision s'impose à ce stade. S'agissant de l'utilisation de l'histoire à des fins de modélisation d'un cadre catégoriel, il est dès à présent nécessaire de rejeter l'idée selon laquelle l'histoire pourrait sécréter elle-même des théories. Assurément, une telle affirmation est soit triviale, soit obscure. Elle est triviale si elle n'a d'autres significations que de soutenir que chaque théorie du droit est le produit d'une époque. Elle est obscure si elle cherche à affirmer que, dans certains cas, l'existence de théories est indépendante de toute intervention humaine. Dans un cas comme dans l'autre, l'assertion ne mérite pas qu'on s'y attarde.

Une telle entreprise nécessite alors une définition précise des données constitutives du problème que nous entendons étudier. Nous considérerons ici l'histoire comme une science consistant « à constater des faits, à les analyser, à les rapprocher, à en marquer le lien »⁷. L'histoire n'est alors rien d'autre que « la connaissance du passé humain »⁸. Deux questions peuvent légitimement découler de cette définition. La première est relative à ce que l'on entend par « passé ». Si un fait s'est déroulé il y a un siècle nous n'aurons aucun mal à admettre que cet événement réel puisse constituer un objet de l'histoire. Par contre, qu'en est-il d'un événement vieux de quelques jours ou de quelques heures ? À l'évidence, il s'agit bien du passé. Un passé quasi immédiat, mais un passé quand même. Le Professeur Henri-Irénée MARROU prend l'exemple d'un agent de police qui dresserait, sous nos yeux, un procès-verbal. Le moment où il remplit cet acte n'est rien d'autre, selon lui, qu'un « acte historique élémentaire »⁹. La seconde question qu'il est possible de se poser est relative au qualificatif « humain ». La connaissance du passé humain implique de connaître les diverses productions humaines passées. On vise alors l'ensemble des comportements, actions, pensées ou sentiments de l'Homme, ainsi que toutes ses créations matérielles ou spirituelles¹⁰. L'histoire pourra alors être appréhendée comme une science ayant pour objet l'analyse de données réelles singulières chronologiquement situées – c'est-à-dire qui n'ont plus cours dans le présent.

Par « argument », on entendra « un ensemble d'énoncés dont l'un constitue la thèse affirmée et les autres les éléments visant à en fournir la preuve »¹¹. Il faudra donc, pour comprendre l'usage d'un argument, cerner la thèse centrale à laquelle il se rapporte. Partant de ce qui précède, un « argument historique » ne serait rien d'autre qu'un fait empirique chronologiquement situé visant à servir de preuve lors de l'affirmation d'une thèse donnée. Cette définition permet alors d'écarter l'idée selon laquelle une norme juridique pourrait constituer un « argument historique ». Une norme juridique, parce qu'elle est valide, n'appartient pas au passé. Il faut alors faire la distinction entre

⁷ Numa Denis FUSTEL DE COULANGES, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*, Paris : Hachette, 1890-1892.

⁸ Henri-Irénée MARROU, *De la connaissance historique*, Paris : Édition du Seuil, 1954, p. 32.

⁹ Henri-Irénée MARROU, *De la connaissance historique*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰ *Id.*, p. 34-35.

¹¹ Otto PFERSMANN, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in Otto PFERSMANN et Gérard TIMSIT, *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris : Publications de la Sorbonne, coll. De Republica, 2001, p. 12.

le moment où elle a été produite – qui appartient au passé – et sa validité présente. Dès lors, si certains éléments relatifs à sa production peuvent faire figure d'argument historique, ce n'est pas le cas de la norme elle-même. Pourra alors être qualifié d'« argument historique », l'utilisation de déclarations politiques, de travaux préparatoires (travaux parlementaires, conclusions du Rapporteur public...) ou encore de normes juridiques qui ne sont plus valides. Une précision s'impose à ce stade. Nous admettrons qu'une norme – appelons la *norme Y* – ne perdra sa validité que dans deux cas. Le premier est relatif à la production d'une autre norme qui viendrait détruire la validité de la première. La deuxième renvoie à l'existence d'une révolution juridique entraînant la production d'un nouveau système dans lequel la *norme Y* n'existe pas. La perte d'efficacité de cette *norme Y* peut-elle entraîner sa disparition de l'ordre juridique ? Cette question suppose alors résolu le problème de la désuétude d'une norme. Une norme peut-elle perdre sa validité du simple fait qu'elle n'est plus efficace ? Nous admettrons que non pour la simple et bonne raison que nous considérerons dans cette étude que l'efficacité, d'un point de vue théorique, n'est qu'un critère de classification des ordres normatifs¹². L'efficacité ne rentrera en ligne de compte qu'à la condition qu'il existe, dans le système considéré, une norme juridique relative à la désuétude. Nous retombons alors dans le premier cas de figure dans lequel une norme juridique prévoit la destruction d'une autre norme juridique.

Les motivations de décisions de justice pourront, elles aussi, être utilisées en tant qu'arguments historiques¹³. Qu'elles soient relatives à une décision produite sous l'empire de la classe constitutionnelle actuellement en vigueur ou non n'a d'ailleurs pas d'importance dans la mesure où elles ne participent pas au maintien en vigueur de la décision auxquelles elles se rapportent. Elles peuvent être une condition de production de la décision, mais une fois produite, elles ne permettent en rien son maintien en vigueur au sein de l'ordre juridique de référence. Elles ne sont alors que des textes d'une nature spécifique qui permettent de rendre compte du raisonnement de l'organe chargé de produire la décision. Elles permettent de comprendre ce qui a amené l'organe à statuer de telle ou telle façon. Elles sont des données chronologiquement situées qui permettent d'éclairer un contexte déterminé et révolu. L'argument historique doit donc être distingué de l'argument normatif (normes juridiques en vigueur). En définitif, il faut garder à l'esprit que tous les arguments historiques sont des arguments empiriques, mais que tous les arguments empiriques ne sont pas des arguments historiques.

L'objet de cette étude n'est pas simplement de présenter de manière descriptive les différentes utilisations d'arguments historiques. Il s'agira certes d'identifier l'usage, mais aussi de le qualifier.

¹² Otto PFERSMANN, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in Jean-Luc PETIT (dir.), *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1995, n° 27, p. 69-113.

¹³ Ces motivations peuvent être utilisées en tant qu'argument historique à condition qu'elle soit de véritables motivations et non des normes paratopiques. Une norme paratopique « est une norme sans forme ou existant en dépit de toute régulation formelle ». Dans ce cas, certaines motivations des décisions de justice ne seraient pas des motivations au sens théorique du terme, mais « un dispositif faussement édicté », une norme déguisée en quelque sorte. Voir sur ce point, Otto PFERSMANN, « Le problème des normes paratopiques », in *Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 549-557.

Il faudra alors s'attarder sur l'acceptabilité des arguments avancés. À ce stade, il est impératif de présenter la distinction entre une argumentation rhétorique et une argumentation heuristique car l'acceptabilité d'un argument dépend du type d'argumentation que l'on mobilise¹⁴. Une argumentation rhétorique est conduite pour convaincre un auditoire plus ou moins fourni ou soi-même alors qu'une argumentation heuristique a pour but de faire progresser l'étendue des connaissances sur un problème donné. Naturellement, la différence ne se situe pas sur le plan de l'objectif poursuivi – justifier une thèse donnée – mais sur les manières d'y parvenir. L'argumentation heuristique, ou démonstration implique une « *décentration spécifique* »¹⁵ par rapport au contenu des énoncés. Ainsi, « *une argumentation heuristique requiert que l'on soit en mesure de comprendre ou de produire une relation de justification entre des propositions qui soit de nature déductive et non pas seulement de nature sémantique* » : sa validité dépend donc de la relation qu'elle entretient avec d'autres énoncés. Une argumentation rhétorique, quant à elle, ne prend en compte que le contenu de la proposition. Il y a alors une différence fondamentale entre une argumentation rhétorique et une démonstration qui justifie alors une absence de continuité cognitive entre ces deux procédés¹⁶. Démontrer implique la nécessité de convaincre ; argumenter renvoie à l'idée de persuasion. Il y a donc un rapport différent à la connaissance puisque la démonstration suppose d'insérer son raisonnement à l'intérieur d'un complexe théorique explicite qui permettra de juger de la validité de celle-ci alors que l'argumentation rhétorique laisse une liberté beaucoup plus grande à celui qui s'en prévaut. L'objet d'une preuve dans une argumentation rhétorique n'est pas tant d'établir la vérité d'une thèse que de persuader l'auditoire de la légitimité de nos propos. Dans ce cas, l'argumentation doit être efficace de manière à emporter l'adhésion : le lien avec la vérité n'est alors que secondaire et contingent. En définitive, l'argumentation rhétorique repose non pas sur des contraintes théoriques explicitement formalisées, mais sur le degré d'ouverture de l'auditoire qui réceptionnera la thèse et les preuves qui la soutiennent¹⁷.

¹⁴ De manière générale, examiner l'acceptabilité des raisons avancées repose sur deux critères généraux : la pertinence et la force de l'argument. Néanmoins, et de manière schématique, l'acceptabilité d'une argumentation heuristique repose sur la pertinence des raisons invoquées alors que l'acceptabilité d'une argumentation rhétorique repose, elle, sur la force de son argumentation. Pour une précision sur les notions de force et de pertinence d'un argument voir Raymond DUVAL, « Argumenter, démontrer, expliquer : continuité ou rupture cognitive ? », in « *petit x* », 1992-1993, n° 31, p. 39.

¹⁵ Raymond DUVAL, « Argumenter, démontrer, expliquer : continuité ou rupture cognitive ? », in « *petit x* », 1992-1993, n° 31, p. 60.

¹⁶ « *La relation de justification qui lie une conclusion à des prémisses recouvre donc des fonctionnements "logiques" totalement hétérogènes dans le cas d'un pas de déduction et dans le cas d'un pas d'argumentation. Il est important de voir que cette hétérogénéité n'est pas seulement "logique" mais qu'elle est aussi cognitive, c'est-à-dire relative à des modes d'appréhension par un sujet. En effet, le jeu des valeurs épistémiques n'est pas le même dans les deux cas. Il y a une valeur épistémique qui est liée au statut théorique de chaque énoncé, et il y a une valeur épistémique qui résulte directement de la compréhension du contenu d'une proposition (énoncée en langue naturelle). Le raisonnement valide ne prend en compte que la seule valeur épistémique liée au statut théorique, et l'attitude discursive s'en tient spontanément à la valeur épistémique résultant directement de la compréhension du contenu* ». Raymond DUVAL, « Argumenter, démontrer, expliquer : continuité ou rupture cognitive ? », in « *petit x* », 1992-1993, n° 31, p. 47.

¹⁷ Voir sur ce point Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. UBlire – Fondamentaux, 2008, p. 17-41.

Émettre un jugement sur l'utilisation d'arguments historiques par la doctrine ou les théoriciens demande alors de faire un choix¹⁸. Ce choix est la résultante de notre propre rapport à la connaissance et à la manière dont celle-ci peut être produite. Dans le cadre de cette étude, il sera admis que la production de connaissance suppose l'admission au préalable de certaines prémisses. Ces postulats ne sont que les données constitutives d'une ou plusieurs classes d'objets donnés et les diverses règles conditionnant leurs interactions. Ainsi, nous admettons que toute production de connaissance impose des contraintes théoriques minimales et, qu'en ce sens, la vérité d'une thèse repose sur la validité des preuves développées et non sur l'efficacité de ces dernières. Nous admettons alors que formellement valide, une argumentation peut ne persuader personne. « *Formellement fausse, elle peut convaincre un large auditoire* »¹⁹.

En matière de démonstration, la validité d'une preuve résulte du respect par cette dernière d'une « *procédure de raisonnement codifiée* »²⁰. Il y aurait des règles logiques qui conditionneraient la validité des arguments développés. Dans ce cas, quelles sont ces règles ? Elles sont difficilement formalisables car nous partons généralement de ce qu'il ne faut pas faire. Nous raisonnons *a contrario*. Dès lors, la question qu'il convient de se poser change légèrement. Démontrer, c'est raisonner sans commettre de paralogisme. Un paralogisme est une argumentation présentée comme valide tout en ne l'étant pas. Ainsi, une argumentation valide est une argumentation qui ne peut être qualifiée de paralogisme et, *a fortiori*, de sophisme²¹. Comme nous venons de le souligner, « *une théorie des paralogismes suppose donc une théorie de l'argumentation valide dont elle est le négatif* »²². Une telle théorie²³ servira alors de fondement à notre évaluation des usages de données empiriques chronologiquement situées par les théoriciens et la doctrine.

¹⁸ Statuer sur l'utilisation d'arguments historiques implique de faire un choix entre « *légitimité rationnelle et efficacité d'une argumentation* » (voir sur ce point Laurence BOUQUIAUX et Bruno LECLERCQ, *Logique formelle et argumentation*, Bruxelles : De Boeck, coll. Démarches de pensée, 2009, p. 152). Il s'agit alors de savoir si nous devons privilégier le caractère concluant ou efficace de l'argumentation. Dans le premier cas, nous nous attacherons plus à respecter les exigences impersonnelles de la logique formelle plutôt que les exigences liées à l'art de la rhétorique. Dans ce deuxième cas de figure, il sera opportun de faire nôtre la thèse de l'auditoire et admettre que la vérité de la thèse proposée est moins importante que l'adhésion de l'auditoire à cette dernière.

¹⁹ Otto PFERSMANN, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in Otto PFERSMANN et Gérard TIMSIT, *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris : Publications de la Sorbonne, coll. De Republica, 2001, p. 12.

²⁰ Christian PLANTIN, « L'argument du paralogisme », *Hermès, La Revue*, 1995/1, n° 15, p. 252.

²¹ Comme le souligne Christian Plantin, « *toute distinction entre sophisme et paralogisme repose sur la question de l'attribution des intentions ; elle est parallèle à l'opposition de l'erreur à la faute. La faute comporte un élément de réflexivité absent de l'erreur* » (Christian PLANTIN, « L'argument du paralogisme », *op. cit.*, p. 250). Le paralogisme renvoie à un raisonnement fallacieux produit sans que le locuteur se rende compte de sa maladresse alors que le sophisme est un raisonnement fallacieux produit en toute conscience.

²² Christian PLANTIN, « L'argument du paralogisme », *op. cit.*, p. 252.

²³ Pour une explication d'ensemble de la théorie des paralogismes, voir : ARISTOTE, *Organon VI. Réfutations sophistiques*, Paris : Vrin ; John WOODS et Douglas WALTON, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, Paris : Kimé, 1992 ; Laurence BOUQUIAUX et Bruno LECLERCQ, *Logique formelle et argumentation*, Bruxelles : De Boeck, coll. Démarches de pensée, 2009, p. 148.

S'agissant de l'usage d'arguments historiques en théorie du droit, il est à noter qu'ils sont souvent utilisés dans le but d'invalider un modèle théorique. En effet, certains théoriciens précèdent la mise en place de leur propre théorie d'une critique de la théorie concurrente dite « dominante ». L'objectif est d'invalider ce cadre catégorial concurrent de manière à permettre la construction de leur propre grille d'analyse. Pour ce faire, la plupart d'entre eux utilisent des arguments normatifs (l'existence de telle ou telle norme) dans le but de souligner le caractère erroné de ce modèle théorique « dominant ». Néanmoins, certains théoriciens tentent de renforcer leurs démonstrations en utilisant des arguments historiques. Par rapport à l'utilisation d'arguments normatifs, cette utilisation est secondaire : elle semble ne pas posséder une force argumentative suffisante pour être mobilisée seule. L'argument historique est vu comme un moyen de renforcer et de cristalliser l'ensemble de la démonstration. Si un tel procédé est couramment utilisé dans le cadre de discussions quotidiennes, il est à noter qu'il s'agit d'un paralogisme en ce que le recours à ces arguments méconnaît les règles logiques de l'argumentation.

Le discours doctrinal n'est pas en reste. En effet, l'histoire peut être considérée comme une discipline épistémologique auxiliaire²⁴ – y compris si le cadre catégorial utilisé par le chercheur est le normativisme kelsénien. Elle permet de soutenir une proposition scientifique concernant le plus souvent la signification d'un énoncé. Néanmoins, l'histoire n'est qu'une discipline auxiliaire parmi d'autres. De fait, si l'on adopte un ensemble cohérent d'axiomes théoriques, il existe nécessairement des cas indécidables. Dans ce cas, soutenir que l'histoire serait à même de trancher ces paradoxes reviendrait à soutenir que l'argument historique est capable de faire plus qu'il ne peut réellement : ce qui reviendrait à produire, là encore, un raisonnement paralogistique.

I/L'utilisation de l'argument historique dans un processus d'invalidation d'un ensemble d'axiomes théoriques : un paralogisme

L'usage d'argument historique dans le but d'invalider une théorie générale du droit peut être qualifié de secondaire²⁵ comparé à l'utilisation d'argument normatif (A). L'argument historique n'est qu'un moyen de consolider une argumentation principale qui aurait elle aussi pour but d'invalider un modèle théorique. Néanmoins, qu'il fût principal ou accessoire, ce recours à des données historiques – des données empiriques chronologiquement situées – dans le but d'invalider un cadre catégorial n'est rien d'autre qu'un paralogisme dans la mesure où ce mode preuve méconnaît les règles logiques conditionnant l'argumentation (B).

²⁴ Cette position a été explicitement soutenue dans la thèse de Régis PONSARD, *Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnels*, Thèse dact., Paris, 2011.

²⁵ L'affirmation selon laquelle l'utilisation d'arguments historiques est secondaire au regard de l'utilisation d'arguments normatifs repose sur l'étude des travaux de Paul AMSELEK, de Chaïm PERELMAN, de François OST, de Michel VAN DE KERCHOVE et d'András JAKAB. Cette précision a seulement pour but de clarifier les données qui ont été à l'origine de la formulation d'une telle conclusion. De même, puisque cette conclusion n'a pas été formulée après examen de toutes les données pertinentes relatives à ce sujet, cette clarification est un moyen de souligner le caractère situé, et donc limité, de cette affirmation.

A. Le caractère secondaire de l'utilisation d'un argument historique dans le but d'invalider un modèle théorique

Les théoriciens du droit mobilisent, certes de manière plus timorée, des arguments historiques comme la motivation de certaines décisions juridictionnelles ou encore les déclarations de certaines personnalités. C'est le cas de Chaïm PERELMAN lorsque celui-ci soutient que la séparation entre droit et morale proposée par la théorie normativiste est erronée. L'auteur tente de montrer que la complétude, tout comme la clôture d'ailleurs, est une conséquence théorique surévaluée. Pour preuve de ce qu'il avance, il utilise, bien évidemment, des arguments normatifs. De manière générale, il souligne que « *le rôle croissant attribué au juge dans l'élaboration d'un droit concret et efficace rend de plus en plus périmée l'opposition entre le droit positif et le droit naturel* »²⁶. Cependant, il ne se limite pas à l'utilisation de ce type d'arguments et mobilise des données historiques. Se basant sur une étude détaillée de très anciennes décisions belges²⁷, il montre que, pour les juges du XIXe et du début du XXe, il existe nécessairement une relation entre droit et morale. Cette démonstration ne lui suffisant pas, il fait alors référence au discours de PORTALIS²⁸. Dans ce discours, l'auteur affirme que : « *Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives* ». Cet argument peut être vu comme un argument d'autorité où les paroles d'une figure tutélaire sont censées clore un débat, mais il est aussi un moyen de convoquer le passé – si possible, glorieux – pour mettre en lumière les travers du présent. Ainsi, alors que l'utilisation d'arguments normatifs a pour but de démontrer que la théorie incriminée est réfutée par un certain nombre d'anomalies présentes, le recours à l'argument historique vient renforcer ce premier effort d'invalidation en mettant l'accent sur le caractère irréaliste de la théorie faisant l'objet de cette argumentation. Comment pourrions-nous admettre la validité d'une théorie que les données historiques viendraient contredire ? Si, à travers les années et les siècles, nos prédécesseurs ont, plus souvent qu'autre chose, admis la validité des thèses unionistes alors il faut admettre que les thèses séparatistes ne sont pas valides.

Qu'en est-il alors de l'articulation entre les arguments normatifs et les arguments historiques ? Les deux types d'arguments sont-ils mobilisables de manière indépendante ? Il semblerait que non. Assurément, non seulement l'argument historique semble, dans la pratique, moins utilisé que l'argument normatif mais en plus, l'intérêt de sa mobilisation semble dépendre de l'utilisation de ce dernier. Ainsi, l'argument normatif est apparemment auréolé d'une certaine « force de persuasion » : il primerait sur l'argument historique. S'il n'y a pas de normes juridiques allant à l'encontre de la théorie incriminée, alors un argument historique n'est pas suffisant pour la remettre en cause. Par contre, si une théorie est sérieusement malmenée par un ou plusieurs

²⁶ Chaïm PERELMAN, « Droit positif et droit naturel », in *Éthique et droit*, Bruxelles : Édition de l'Université de Bruxelles, UBlire – Fondamentaux, 2012, p. 473.

²⁷ Il cite de manière récurrente les arrêts de la Cour de cassation du 12 mars 1840, *Pas.*, 1839-1840, I, 316 ; du 3 avril 1848, *Pas.*, 1848, I, 358 ; du 1^{er} octobre 1880, *Pas.*, 1880, I, 292 et du 21 mars 1935, *Pas.*, 1935, I, 194. Il met aussi en avant un arrêt de la Cour d'Appel de Grand du 2 mai 1901 (*Pas.*, 1901, I, 330) et de la Cour d'Appel de Liège du 24 mai 1961 (*J.T.*, 1961, p. 571).

²⁸ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

arguments normatifs, alors l'argument historique semble être un moyen de confirmer la démonstration initiale. L'argument historique apparaît alors comme un argument secondaire par rapport à l'argument normatif. Ce qualificatif n'enlève en rien l'importance de ce type d'argument. Il est un « support » permettant d'accroître la force de l'ensemble de l'argumentation.

En effet, l'utilisation d'arguments normatifs est une chose bien plus courante comparée à l'utilisation d'arguments historiques. L'usage de ce type d'argument a une finalité identique à celui de l'argument historique : il a pour objet d'invalider une théorie concurrente considérée comme le paradigme majoritaire pour, du même coup, venir consolider une théorie « nouvelle » – celle que défend l'auteur qui a recouru à l'argument historique. Cette théorie ne serait ainsi plus en mesure de rendre compte du droit actuellement en vigueur : il y aurait trop de phénomènes que le paradigme majoritaire serait incapable d'expliquer.

L'utilisation d'arguments normatifs est, par exemple, au cœur des travaux de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE. Selon ces auteurs, la théorie normativiste du droit ne serait plus à même de rendre compte du réel : elle « *est en décalage de plus en plus sensible avec la réalité* »²⁹. Elle ne permettrait pas de comprendre, entre autres choses, les rapports entre systèmes juridiques et l'existence de « boucles étranges ». De ce qui précède, les auteurs affirment que la réalité serait beaucoup trop complexe pour être synthétisée à l'aune d'une théorie formelle de la validité. Soulignant la « *simplicité de ce modèle* »³⁰, les auteurs préfèrent user d'une théorie tridimensionnelle de la validité, une « *conception plurielle de la validité* »³¹. Ils distinguent trois formes de validité – une validité formelle, une validité empirique et une validité axiologique – et affirment que ces critères se combinent, s'articulent et interagissent selon des proportions variables³². L'existence et l'augmentation des enchevêtrements normatifs ne permettraient plus de maintenir une définition unidimensionnelle comme celle proposée dans la *Théorie pure du droit*.

L'utilisation d'arguments normatifs semble être quasiment un réflexe. Comment expliquer ce phénomène ? Comment expliquer que le recours à des arguments historiques soit secondaire par rapport à l'utilisation d'arguments normatifs ? Deux explications viennent rapidement à l'esprit. La première est d'ordre psychologique. Le juriste a pour objet principal l'étude de la signification de certains énoncés. Il a appris depuis sa première année de faculté à commenter la Constitution, les lois et à systématiser les jurisprudences des divers tribunaux. Les normes juridiques sont l'objet de son observation, de sa réflexion. En revanche, l'histoire n'est qu'une discipline annexe qui permet d'enrichir une certaine culture juridique qu'on se verrait obliger d'avoir. Il est donc facile de comprendre les raisons qui poussent le juriste théoricien à utiliser des arguments normatifs : ils lui sont plus familiers dirons-nous. Il s'agit de preuves facilement mobilisables pour

²⁹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la bipolarité des erreurs ou de quelque paradigmes de la science du droit », *A.P.D.*, 1988, t. 33, p. 197.

³⁰ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *R.I.E.J.*, 2000, p. 7.

³¹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles : Publication des Facultés universitaire de Saint-Louis, 1987, p. 258.

³² Voir spécifiquement *Jalons pour une théorie critique du droit*, p. 258 et p. 277.

un juriste dans la mesure où il s'agit d'arguments que l'on peut aisément formaliser et dont la portée semble relativement évidente.

La seconde explication est d'ordre académique. Cette utilisation à titre principal d'arguments normatifs irait de soi car une théorie ne saurait se maintenir si elle est contredite par le réel. Cette possibilité de falsifier une théorie est, de manière générale, entrée dans les mœurs avec les travaux de Karl POPPER³³. L'auteur souligne qu'il est possible de venir falsifier une théorie. Pour être exact, il fait du critère de falsification, le critère permettant de marquer la distinction entre science et pseudoscience. Ainsi, des énoncés qui sont à l'abri de toute falsification ne sont pas des énoncés scientifiques. Partant de ce constat, certains juristes ont cru possible d'utiliser ces travaux pour venir écarter certaines théories. Ils ont alors principalement utilisé les données qui leur paraissaient être les mieux à même de falsifier une théorie générale du droit à savoir, les normes juridiques elles-mêmes.

B. L'utilisation de l'argument historique dans les tentatives visant à invalider un modèle théorique : la méconnaissance des règles logiques conditionnant l'argumentation

Si l'utilisation d'argument historique dans le but d'invalider une théorie générale du droit permet de convaincre une grande partie de l'auditoire, cette argumentation n'est pas pour autant valide. De manière générale, l'utilisation de l'argument historique dans le but d'invalider une théorie générale du droit, tout comme l'utilisation de l'argument normatif d'ailleurs, manque sa cible, car il s'agit d'un mode de preuve inapproprié. Ces arguments ne peuvent fonder la conclusion recherchée, à savoir : l'invalidation d'une théorie du droit. Ainsi, l'utilisation d'argument empirique est un paralogisme pragmatique ou aussi appelé paralogisme « *ad consequentiam* ». Ce type d'argumentation « *consiste à subordonner la question de la vérité d'une thèse à celle de ses conséquences pratiques* »³⁴. Il peut être résumé ainsi :

- *Si vous admettez la validité des arguments que je présente ainsi que l'ensemble de mon raisonnement, la théorie du droit pris pour cible pourra être invalidée.*
- *Donc j'admets la validité de ces arguments car je veux invalider cette théorie.*

De manière à clarifier ces propos, il apparaît nécessaire de revenir sur ce mécanisme argumentatif. Le procédé est relativement simple dans son principe. Il s'agit de comparer deux objets : en l'occurrence des données factuelles particulières et des axiomes théoriques. Cela implique la mise en place d'un « contrôle de conformité » dans lequel la théorie visée par la démonstration est l'élément contrôlé ; l'ensemble des données factuelles n'étant pas autre chose que l'élément de référence. Partant, l'existence de trop fortes contradictions entre la théorie

³³ Voir notamment sur ce point Karl POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Paris : Payot, coll. Bibliothèque scientifique, 1989 ; « La démarcation entre la science et la métaphysique » in Pierre JACOB (dir.), *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique*, Paris : Gallimard, 1980.

³⁴ Laurence BOUQUIAUX et Bruno LECLERCQ, *Logique formelle et argumentation*, Bruxelles : De Boeck, coll. Démarches de pensée, 2009, p. 148.

examinée et les éléments de référence utilisés conduira le chercheur à une conclusion dénuée d'ambiguïté, à savoir : la théorie proposée pour décrire le réel ne le décrit pas ou trop peu, elle est fautive car elle est contredite par le réel. La question la plus évidente est relative à la quantification minimum de ces contradictions. Une seule contradiction suffit-elle ? S'il en faut un certain nombre, à partir de quand peut-on caractériser de manière flagrante la fausseté de la théorie examinée ? On pourrait toujours avancer le fait que les imperfections de la théorie incriminée ne sont pas suffisantes au regard de l'ensemble des éléments pris pour référence lors de la comparaison, mais une telle justification, reconnaissons-le, est tout aussi vide de sens que l'attaque à laquelle elle entend parer.

L'utilisation de données réelles singulières – argument historique ou normatif – repose sur la méconnaissance de l'existence de deux types d'énoncés différents : les énoncés synthétiques et les énoncés analytiques. Les énoncés synthétiques sont des énoncés observationnels qui peuvent être dits vrais ou faux. Ce sont des énoncés qui peuvent faire l'objet de tests empiriques et donc être vérifiés – ou falsifiés – par l'expérience. À l'inverse, les énoncés analytiques sont vrais en raison de la signification des termes qui les composent. Ce sont des énoncés logiques dont la validité dépend de conventions linguistiques préalablement admises. Il est alors nécessaire de comprendre que les théories générales du droit, telle que le normativisme ou le réalisme par exemple, ne sont pas constituées d'énoncés synthétiques, mais d'énoncés analytiques. Partant, mobiliser des phénomènes réels pour venir falsifier des concepts ou des théories n'a pas de sens.

Il est impératif de clairement intégrer la différence entre ces deux types d'énoncé. Une théorie générale est un cadre catégoriel permettant de définir, par convention, les objets pertinents d'un domaine de recherche et ainsi permettre, par la suite, la production, sur la base d'observations, d'assertions scientifiques – c'est-à-dire d'assertions qui seront soumises au critère de falsifiabilité. Il y a alors une différence de taille entre une théorie générale du droit comme le normativisme et la théorie héliocentrique. L'affirmation selon laquelle la terre tourne autour du soleil est une assertion synthétique issue de l'observation de certaines données pertinentes qui ont été sélectionnées grâce à un cadre catégoriel conventionnellement posé. Si le normativisme et l'assertion selon laquelle la terre tourne autour du soleil sont tous deux dénommés « théorie », seul le normativisme est conceptuellement parlant une théorie. Cette confusion est d'autant plus regrettable que Karl POPPER prend soin de souligner que la production d'assertions scientifiques n'est possible qu'à partir du moment où on a admis la nécessité de poser des règles conditionnant la production de ces « théories » expérimentales – assertions synthétiques. Ces règles ne sont ni plus ni moins que des conventions qui viendront définir avec le plus de précision possible les données constitutives du domaine de recherche et les conditions permettant de produire des assertions dites « scientifiques ». Ainsi, *« de même que l'on pourrait définir le jeu d'échecs par les règles qui lui sont propres, ainsi peut-on définir la science empirique au moyen de ces règles méthodologiques. Nous pouvons, pour établir ces règles, procéder de façon systématique. On commence par poser une règle suprême qui sert en quelque sorte de norme décidant des autres règles ; c'est donc une règle de type supérieur. C'est elle qui nous dit que les autres règles de la procédure scientifique doivent être établies de manière à ne mettre à l'abri de la falsification aucun énoncé scientifique »*³⁵.

³⁵ Karl POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Paris : Payot, coll. Bibliothèque scientifique, 1989, p. 51.

Les données singulières, même si elles se répètent ou persistent, ne permettent aucunement de valider ou d'invalidier un modèle théorique, et ce, tout simplement parce que c'est bien le cadre catégoriel qui définit si oui ou non ces données sont pertinentes. Est-ce à dire qu'une théorie générale du droit ne peut pas être invalidée et rejetée au profit d'une version amendée, voire d'une tout autre théorie ? À l'évidence, non. Une théorie générale du droit se doit d'être cohérente et de posséder une certaine capacité explicative. La théorie normativisme, par exemple, est une théorie cohérente capable de correctement expliquer l'objet qu'elle se donnait pour objectif de comprendre. Rien n'empêche qu'elle finisse par être amendée sur certains points ou concurrencée par une autre théorie qui se donnerait le même but tout en se dotant d'instruments encore plus fins. Cependant, le fait d'avancer des arguments historiques ou normatifs n'est absolument pas pertinent dans un processus de validation ou d'invalidation d'axiomes théoriques, et ce, tout simplement parce qu'une théorie est constituée d'énoncés analytiques dont la validité ne repose pas, par définition, sur l'observation des faits. Ainsi, « *la justesse ou respectivement la fausseté de théories scientifiques ne peut être établie en effet qu'à l'aide d'arguments logiques [...]* »³⁶.

Il est toujours possible, pour les auteurs utilisant des arguments historiques ou normatifs dans le but d'invalidier une théorie, de soutenir qu'ils n'acceptent pas la distinction faite entre énoncés synthétiques et les énoncés analytiques. Dans ce cas, il est alors nécessaire d'explicitier dès l'origine cette vision des choses qui conditionnera le reste de leur raisonnement. Il s'ensuivra qu'ils devront aussi apporter la preuve logique de la pertinence de ce choix. Assurément, si prendre pour point de départ le rejet de la distinction entre les énoncés synthétiques et les énoncés analytiques est un postulat qu'il est nécessaire d'affirmer explicitement comme telle, justifier les raisons de ce choix l'est tout autant. Si cela n'est pas fait, on revient sur la configuration initiale selon laquelle les arguments empiriques ne sont pas pertinents pour venir invalider une théorie générale du droit et, puisqu'ils ne sont pas pertinents, sur l'idée que la théorie incriminée doit être invalidée car on souhaite qu'elle le soit.

À côté de ces considérations générales qui touchent indifféremment le recours à l'argument historique et l'argument normatif, il y en a bien sûr d'autres qui ne concernent que l'utilisation d'arguments historiques. Ainsi, le recours aux arguments historiques s'apparente généralement à deux types de procédé argumentatif fallacieux : le paralogisme « *ad verecundiam* » et le paralogisme « *naturaliste* ». Le paralogisme « *ad verecundiam* » est une argumentation qui s'adresse « *au respect, à la modestie, à la timidité (verecundia) de l'interlocuteur plutôt qu'à sa raison, à sa faculté de juger* »³⁷. Il s'agit alors de mobiliser un argument d'autorité qui permettra d'impressionner le destinataire de cette démonstration. C'est exactement le cas lorsque Chaïm PERELMAN invoque le discours de PORTALIS. Lorsque l'on connaît l'importance des premières codifications, prendre pour témoin celui qui est considéré comme le père du Code civil français n'est pas anodin. La référence au discours de Portalis est un moyen d'impressionner l'interlocuteur. Nous sommes donc face à un

³⁶ Frantisek WEYR, « *La Stufentheorie de la théorie pure du droit vue par un français* », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1926, p. 239.

³⁷ Laurence BOUQUIAUX et Bruno LECLERCQ, *Logique formelle et argumentation*, Bruxelles : De Boeck, coll. Démarches de pensée, 2009, p. 141.

argument percutant qui permettra sans doute de rallier à la démonstration une certaine partie de l'auditoire. Néanmoins, il n'est pas possible de considérer que cet argument est valide. Dans le cas contraire, on serait porté à admettre la validité d'une thèse donnée de la qualité de l'auteur qui l'a défend.

Le deuxième argument invoqué par le théoricien belge n'est autre qu'une collection de motivations judiciaires. L'idée est de saturer le débat avec un nombre certain d'arguments qui vont tous dans le même sens. Il n'est plus question de prendre les déclarations d'un personnage important, mais de multiplier les exemples. L'objectif de cette argumentation est de montrer qu'au cours de l'histoire la thèse du lien entre droit et morale a été partagée par un très grand nombre de personnes. Nous sommes en face d'un « *sophisme naturaliste* ». Il consiste à soutenir qu'il est « *souhaitable de faire à partir de ce qui se fait [ou s'est fait] le plus souvent* »³⁸. Dans le cas qui nous occupe, il s'agit alors de marginaliser une théorie du droit en soulignant qu'au cours de l'histoire, une quantité non négligeable de personnes ont soutenu une thèse unioniste. Les théories générales du droit prenant pour point de départ une stricte séparation entre droit et morale sont relativement jeunes comparées aux théories unionistes. Aussi, il est donc plutôt aisé de montrer qu'il a été de coutume d'admettre l'existence de relations entre droit et morale. L'utilisation de l'argument historique a alors pour but de réhabiliter la querelle entre tradition et modernité, celle-ci devant se résoudre au profit de la conception la plus souvent/longtemps partagée, en l'occurrence, la thèse de l'union entre droit et morale. On retombe d'ailleurs sur une variante de l'argument d'autorité, l'argument d'ancienneté ou paralogisme « *ad antiquitatem* ».

II/L'utilisation de l'argument historique dans un travail scientifique sur le droit : le rejet de l'autarcie disciplinaire

L'utilisation d'arguments historiques semble être parfois une solution relativement utile, même incontournable. À bien des égards, l'histoire peut donc être considérée comme une discipline épistémologique auxiliaire (A). Elle permet d'établir une proposition scientifique concernant le plus souvent la validité d'une classe constitutionnelle ou la signification d'un énoncé. Néanmoins, l'histoire n'est qu'une discipline auxiliaire parmi d'autres. De fait, l'utilisation d'argument historique ne pourra résoudre tous les problèmes qui font face au juriste. Adopter une position contraire à cela reviendrait à soutenir que l'argument historique est capable de faire plus qu'il ne peut réellement, ce qui reviendrait à aller au-delà des limites de n'importe qu'elle théorie générale du droit (B).

A. L'histoire comme discipline épistémologique auxiliaire

L'utilisation de l'argument historique est un pas important vers la fin du « *dogme de l'autarcie disciplinaire* »³⁹. L'histoire – au même titre que d'autres disciplines épistémologiques – apparaît

³⁸ Laurence BOUQUIAUX et Bruno LECLERCQ, *Logique formelle et argumentation*, p. 133-134.

³⁹ Régis PONSARD, *Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnels*, Thèse dact., Paris, 2011, p. 164 et s.

comme une discipline auxiliaire de la science du droit. Alors qu'une telle position permet de renforcer l'autonomie disciplinaire, une mauvaise interprétation de ce procédé pourrait laisser entendre l'inverse. Comme le souligne Régis PONSARD, « l'erreur serait de ne pas percevoir que la mise en lumière de la thèse de l'interdisciplinarité interne aux analyses juridiques, ainsi que la dissolution du dogme de l'autarcie juridique, constituent l'une des conditions pour pleinement offrir à chaque juriste les moyens de se réappropriier intégralement les instruments de sa pensée [...] »⁴⁰. Aussi, il apparaît fondamental de revenir sur la thèse de la spécificité disciplinaire défendue par le normativisme kelsénien pour montrer que celui-ci n'a jamais voulu rejeter les différents apports des autres disciplines épistémologiques en générale et de l'histoire en particulier.

La pureté est bien souvent assimilée à l'autarcie. C'est ainsi le cas lorsqu'il est soutenu que la *Théorie pure du droit* ne serait pas à même de rendre compte du « cadre des possibles » en matière d'interprétation⁴¹. Olivier JOUANJAN souligne à ce propos que « ce qui manque à la théorie pure du droit est une théorie du langage et une théorie sémantique. Certainement, cette absence n'est pas fortuite, mais délibérée. Les théories linguistiques viendraient contaminer le projet d'une pure théorie du droit »⁴². Or, il s'agit pourtant de deux choses totalement différentes. La pureté n'est pas synonyme de cloisonnement, loin de là. Il s'agit, premièrement, d'une arme dirigée contre les doctrines naturalistes⁴³. Elle vise alors à soutenir qu'un concept de droit n'a d'intérêt que s'il est défini au regard de généralités structurelles, indépendamment du contenu de celui-ci. Dans un second temps, elle a pour objectif de préciser d'emblée que les concepts fondamentaux du normativisme sont le résultat d'un processus logique et non celui d'une observation empirique. Le concept de droit proposé par cette théorie doit être compris comme un concept pur, c'est-à-dire un concept *a priori*⁴⁴. Enfin, cette pureté a aussi pour but d'éviter de mélanger, sans précaution particulière, différentes disciplines. En définitive, rien de ce qui précède ne permet de soutenir que la science du droit découlant de la théorie normativiste serait une science autarcique. Le normativisme cherche simplement à fonder une science spécifique ni plus, ni moins.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 192.

⁴¹ Olivier JOUANJAN, « Présentation. Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in Olivier JOUANJAN (coordonnateur), *Hans Kelsen, Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris : PUF, coll. Débats philosophiques, 2010, p. 32 et s.

⁴² Olivier JOUANJAN, « Hiérarchie des normes et dynamique du droit : Hans Kelsen tel qu'en lui-même ». Cet article fait partie de son cour de Master 1 relatif à la Théorie générale de l'État. Il peut être consulté sur internet à l'adresse suivante : <https://sites.google.com/site/olivierjouanjan/master-1/theorie-generale-de-l-etat>.

⁴³ Carlos Miguel HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec : Les Presses de l'Université de Laval, coll. Dikè, 2004, p. 27 et s.

⁴⁴ « Le modèle du philosophe de Königsberg imprègne la Théorie pure dans la mesure où tout l'édifice épistémologique dépend d'un *a priori* supposé qui conditionne la possibilité de penser l'ordre juridique. La pensée est ainsi déduite du concept et non pas induite des faits. En ce sens, c'est à partir d'une hypothèse conceptuelle que se déploie la totalité du système de Kelsen, la pureté de sa théorie découlant alors directement de la déduction de concepts pures pour définir l'objet juridique » (Simon de CHARENTENAY, *Origines et développement de la loi de Hume dans la pensée juridique*, Montpellier I, 2008, Thèse dact., p. 348).

La thèse de la spécificité de la science juridique est parfois très mal comprise. En effet, loin de vouloir couper la matière juridique des avancées produites par les autres disciplines, les théories positivistes – et singulièrement la théorie normativiste – souhaitent éviter le syncrétisme de méthodes. Le problème de KELSEN n'était pas tant d'utiliser les résultats d'autres disciplines que d'éviter de produire un cadre catégorial de référence mélangeant sans discernement les différentes approches et qui conduirait, inexorablement, à la production d'assertions qui ne peuvent être ni vraies ni fausses. Le reproche adressé par KELSEN aux théories traditionnelles du droit est d'avoir « *mêlé science du droit d'une part et art, psychologie, sociologie, éthique et théorie politique d'autre part* » et ce, « *sans aucun esprit critique* »⁴⁵. Ce que reproche les normativistes aux doctrines traditionnelles n'est pas tant d'avoir eu recours à des disciplines épistémologiques différentes en vue de faire avancer la connaissance de l'objet appelé droit – thèse de l'interdisciplinarité interne – que d'avoir cherché à créer un cadre catégorial de référence mélangeant l'ensemble de ces disciplines – thèse de la pluridisciplinarité. KELSEN ne nie pas qu'il puisse exister des liens entre le droit et d'autres disciplines, il soutient que l'utilisation traditionnelle de ces autres disciplines n'est pas en mesure d'apporter des réponses fiables aux questions les plus souvent posées. En effet, la plupart des théories dites « traditionnelles » utilisent ces liens en vue « *de subordonner le droit comme discipline épistémologique à d'autres disciplines et ce, au point de dissoudre l'identité de ce dernier dans une autre discipline alors érigée en discipline reine : par exemple dans l'histoire, dans les sciences politiques, ou encore dans la philosophie ou la logique* »⁴⁶. C'est donc contre ces tentatives que se dresse la philosophie de normativiste.

Ainsi, le normativisme est donc très loin d'être une théorie qui cloisonne l'esprit et la recherche dans la mesure où, s'il tente de fonder la spécificité de son objet, il fait de la science du droit une discipline hétéronome mettant à contribution d'autres disciplines épistémologiques. Il est alors possible d'affirmer que l'exigence de pureté méthodologique dégage « *un parfum d'équilibre et de modération qui jure avec la réputation d'auteur radical* »⁴⁷ qui est habituellement attribuée au maître viennois. Surtout, il est nécessaire d'affirmer que l'utilisation de l'histoire n'est pas une recommandation ou un effet de style. Il s'agit, dans le cadre de la théorie normativiste, d'une véritable obligation, et ce, tout simplement parce que cette théorie est construite sur un postulat fondamental : celui de la « *rigidité sémantique relative à la norme* »⁴⁸.

La thèse de l'identité sémantique est indispensable pour pouvoir échanger, comprendre ou expliquer. En effet, communiquer suppose un minimum de stabilité dans les conventions

⁴⁵ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit de l'allemand par Charles EISENMANN, Paris : L.G.D.J., Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 9.

⁴⁶ Régis PONSARD, *Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnels*, p. 192

⁴⁷ Alexandre VIALA, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 181.

⁴⁸ Otto PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris : Dalloz, 2003, p. 370 et s. Il est d'ailleurs important de garder à l'esprit que le concept de signification exige, « *trivialement, que les données linguistiques soient conceptuellement identifiables et qu'elles permettent de former, sous certaines conditions, c'est-à-dire par l'application de règles, des chaînes discursives par composition d'éléments déjà donnés* ».

linguistiques admises à l'intérieur d'une communauté. Cela signifie-t-il qu'il est nécessaire de considérer que les conventions linguistiques, une fois admises, sont insusceptibles de modifications ? À l'évidence non, car il est possible de constater de multiples changements au cours de l'histoire. Néanmoins, admettre l'existence de changements de conventions n'invalide pas la thèse de la rigidité sémantique. Assurément, si nous pouvons reconnaître l'existence de changements dans les conventions linguistiques c'est parce qu'on postule une certaine stabilité de ces règles à travers le temps : il n'y a de changement que parce qu'il y a une rigidité minimale. Or, si nous prenons pour point de départ la thèse de la rigidité sémantique, cela implique d'admettre que l'objet de la science du droit n'est autre que l'interprétation d'énoncés tels qu'ils ont été produits au moment où un acte normatif a été adopté. Cela suppose alors de mener des recherches historiques pour ainsi établir la signification des termes composant les énoncés normatifs ce qui est d'autant plus primordiale lorsque nous avons affaire à des normes juridiques qui ont été produites à un certain moment, par exemple, les divers amendements de la Constitution des États-Unis. Comme le signale Régis PONSARD, « *la nature même de l'opération d'interprétation des normes juridiques impose à chaque juriste de pratiquer des recherches menées par ailleurs par l'histoire des idées, l'histoire générale, ou par exemple, par l'histoire sociale, l'histoire des mentalités ou des représentations, mais également la sociologie, l'anthropologie, etc. Ne pas recourir à ces recherches conduirait [...] à se rendre tout simplement incapable d'identifier la signification juridique de chacune des formulations de normes énoncées par ces textes* »⁴⁹.

B. La nécessité de connaître les limites inhérentes au cadre catégoriel retenu

Dans le cadre d'une démarche positiviste, l'utilisation d'arguments historiques est à même de clarifier la signification de certains termes et ainsi permettre une meilleure compréhension de notre objet d'étude, mais elle ne permet pas de résoudre toutes les difficultés. L'histoire n'est, en effet, qu'une discipline épistémologique auxiliaire parmi d'autres. De la sorte, soutenir que l'histoire serait une solution pour lever toute ambiguïté ou trancher tout questionnement reviendrait à soutenir que l'argument historique est capable de faire plus qu'il ne peut réellement : ce qui ne serait rien d'autre, là encore, qu'un parallogisme.

Assurément, si l'on adopte un ensemble cohérent d'axiomes théoriques, il existe nécessairement des cas indécidables. Il s'agit de la conséquence formulée par Kurt GÖDEL dans le premier théorème d'incomplétude⁵⁰. Par cas « indécidable », on entend par là des énoncés qui ne peuvent être ni vérifiés ni réfutés. Partant, il existe, à l'intérieur de chaque théorie, des questions qui ne peuvent trouver de réponse à l'aune des données constitutives de cette théorie. On est en présence de paradoxes qui ne peuvent être formellement tranchés. De tels phénomènes, s'ils se présentent, laisseront au chercheur deux choix diamétralement opposés. Le

⁴⁹ Régis PONSARD, *Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnels*, op. cit., p. 181.

⁵⁰ Premier théorème : « Dans n'importe quelle théorie récursivement axiomatisable, cohérente et capable de "formaliser l'arithmétique", on peut construire un énoncé arithmétique qui ne peut être ni prouvé ni réfuté dans cette théorie. »

Deuxième théorème : « Si T est une théorie cohérente qui satisfait des hypothèses analogues, la cohérence de T, qui peut s'exprimer dans la théorie T, n'est pas démontrable dans T. »

premier consiste à vouloir absolument trancher le paradoxe en question et faire du cas rencontré un cas décidable. Une telle solution imposera de compléter la théorie initiale en y adjoignant un nouvel axiome, mais cela pourra la rendre, du même coup, incohérente. L'autre solution implique d'admettre le paradoxe et d'en prendre conscience. Il sera bien sûr possible de choisir l'une des alternatives engendrées par ce dernier mais il faudra garder à l'esprit deux choses. La première est qu'en aucun cas un tel choix supprimera l'alternative existante. La seconde a trait à l'argumentation produite pour soutenir le choix opéré : celle-ci ne pourra jamais relever du cadre catégorial de référence. Il s'agira d'un choix personnel qui répondra à des critères de pertinence qui n'entrent pas dans le ressort de la théorie initialement utilisée.

De manière à préciser notre propos, nous souhaiterions revenir sur un des paradoxes mis en lumière par Régis PONSARD. L'auteur cherche à savoir si la décision du 16 juillet 1971 peut être analysée comme le déclenchement d'un changement de classe constitutionnelle. Pour ce faire, il doit répondre initialement à une autre question : le Préambule de la Constitution de 1958 a-t-il une valeur juridique ? À cette question, l'école d'Aix-en-Provence soutient que le Préambule en question n'avait pas valeur constitutionnelle lors de la décision en question alors que le doyen VEDEL soutenait le contraire. Régis PONSARD examina soigneusement les deux positions contradictoires ainsi que les éléments de preuves avancés pour soutenir chacune d'elles. Il relève que l'école aixoise apporte essentiellement deux arguments en vue de soutenir son positionnement : la tradition constitutionnelle européenne et française, les interventions du Commissaire du Gouvernement JANOT lors des réunions du Comité consultatif constitutionnel. Le doyen VEDEL et les juristes favorables à cette conception apportent, eux aussi, deux arguments : les déclarations de plusieurs participants aux séances du Comité consultatif constitutionnel le 5 et 7 août 1958 et la manière dont la Constitution a été publiée au Journal officiel de la République Française⁵¹. Or, après avoir rejeté de manière convaincante l'ensemble de ces arguments ainsi que l'apport des travaux préparatoires et des intentions de M. DEBRÉ, Régis PONSARD affirme que l'utilisation de ses arguments historiques « *ne permettent pas de résoudre les difficultés d'interprétation* » que sa recherche soulevée. Partant de ces conclusions, il est possible d'affirmer que l'on se trouve face à d'un cas indécidable. Aussi, laisser croire que les arguments historiques développés par l'un des deux camps seraient à eux seuls suffisants pour trancher ce problème est commettre une erreur quant aux catégories.

De manière encore plus problématique, il fut aussi relativement courant d'utiliser l'histoire en vue de produire des prédictions diverses. Avec cette démarche, on tombe dans un travers bien connu : l'historicisme. L'historicisme est une « *doctrine selon laquelle l'histoire est régie par des lois particulières dont la découverte permettrait de prédire le destin de l'homme* »⁵². Il ne s'agit ni plus ni moins qu'une « *métaphysique de l'histoire et du destin* »⁵³ qui cherche moins la connaissance de ce qui est – ou a été – que la possibilité de lire dans le marc de café ce que sera – ou devra être – notre avenir. L'histoire est ici bien plus qu'un ensemble de faits singuliers. Elle serait une matrice permettant

⁵¹ Régis PONSARD, *op. cit.*, p. 298.

⁵² Karl POPPER, *La société ouverte et ses ennemis*, t. 1, traduit de l'anglais par Jacqueline BERNARD et Philippe MONOD, Paris : Éditions du seuil, 1979, p. 15.

⁵³ Karl POPPER, *La société ouverte et ses ennemis*, *op.cit.*, p. 11.

de découvrir et de formaliser des théories permettant de trancher scientifiquement des problèmes futures⁵⁴. Au demeurant, elle est surtout une variante particulièrement séduisante d'une philosophie politique qui chercherait à fonder l'ensemble de ses prédictions sur l'idée qu'il existe des constantes indépassables que l'être humain, au travers de son histoire, ne ferait que reproduire.

Cette instrumentalisation de l'histoire apparaît de manière assez nette dans la théorie des cycles politiques ou constitutionnels. L'idée centrale de ces thèses est de souligner le caractère cyclique de la construction de nos sociétés. En regardant l'histoire institutionnelle française depuis la Révolution française, certains auteurs ont cherché à mettre en lumière une loi constitutionnelle immuable permettant de rationaliser les futurs changements politiques. Chaque cycle commencerait par une domination du législatif, puis viendrait une domination de l'exécutif pour finir sur un équilibre des pouvoirs. Chaque étape de ce cycle ne serait que la succession logique du précédent et l'ordre des choses ne serait pas à la disposition des individus. Basé sur l'étude d'éléments empiriques chronologiquement situés, cette théorie des cycles n'a pas pour but de comprendre ce qui est, mais de prédire ce qui sera.

Bien entendu, il n'est pas question de nier l'existence de certaines données contingentes qui se répètent dans le temps. La mise en parallèle de certaines données présentes avec d'autres données historiques nous permettra sûrement de comprendre que notre période est propice à la reproduction de telle ou telle conséquence : cela s'appelle « l'expérience du passé ». Malgré tout, il n'est question que de tendances contingentes et non de lois auxquelles on ne pourrait déroger. Là se cache la différence entre prise en compte de données scientifiques et justification maladroite de préférences personnelles. L'historicisme n'est que le recours à certaines données historiques soigneusement choisies en vue de soutenir un activisme conservateur ou révolutionnaire. Néanmoins, il n'existe « aucune raison valable d'attendre de n'importe quelle apparente répétition d'une évolution historique qu'elle continuera à se poursuivre parallèlement à son prototype »⁵⁵. Il n'existe pas de « loi naturelle des États »⁵⁶ et « il n'y a ni lois de successions ni lois d'évolution »⁵⁷.

Qu'en est-il alors de l'affirmation selon laquelle l'histoire permettrait « d'éclairer le futur à la lumière du passé »⁵⁸. Si elle a pour but de souligner que nous cherchons dans le passé une certaine connaissance nous permettant de prendre les décisions que nous jugerons être les plus justes ou utiles, alors nous sommes en face d'un axiome d'une théorie de l'action qui dispose que l'étude de

⁵⁴ Pour POPPER, l'historicisme est une thèse « selon laquelle une décision pour ou contre un des systèmes envisagés n'est pas elle-même une décision d'ordre moral, car elle n'est pas fondée sur des considérations éthiques, mais sur une prédiction historique ou scientifique ». Karl POPPER, *La société ouverte et ses ennemis*, t. 2, traduit de l'anglais par Jacqueline BERNARD et Philippe MONOD, Paris : Éditions du seuil, 1979, p. 15.

⁵⁵ Karl POPPER, *Misère de l'historicisme*, Paris : Presses Pocket, coll. Agora, 1988, p. 140.

⁵⁶ Christian LAGESTE, *La théorie des cycles politiques dans l'antiquité gréco-romaine*, Thèse dact., Université d'Aix-Marseille 3, 2006, p. 23.

⁵⁷ Karl POPPER, *Misère de l'historicisme*, op. cit., p. 148.

⁵⁸ Marc GUILLAUME, « Des cycles constitutionnels et de la IV^e République », *Pouvoirs*, 1993, n° 65, Morale et politique, p. 112.

l'histoire est un préalable à toute prise de position. Si, par contre, elle a pour but de signifier que le passé est un horizon indépassable et que sa connaissance permettra de maîtriser notre futur, alors nous sommes en présence d'un paralogisme.