

## **L'objectivité de la science du droit à l'épreuve du refus kelsénien de syncrétisme des méthodes.**

par

Alexandre PARIS

Doctorant à l'Université Montpellier 1, CERCoP.

« En fait l'objet, qu'il soit "réel" ou idéal, est aussi un objet qui dépend d'un *sujet*. »<sup>1</sup>

La question de l'objectivité est l'un des problèmes premiers de toute science. Premier en chronologie, puisque ce critère est l'une des raisons d'être de la science en tant que telle. Premier en importance, puisque la finalité de la science, et ce, qu'elle soit une science de la nature ou une science humaine, est d'apporter, par le biais d'une méthodologie élaborée au préalable, et sur un objet prédéterminé, une connaissance accrue et dite objective.

Dès lors apparaît que la question de l'objectivité de la science doit être appréhendée comme une question centrale de l'épistémologie envisagée comme méthodologie de la connaissance scientifique. Toutefois, nous devons soulever pour résoudre cette question deux autres questions préalables, l'une d'ordre ontologique, l'autre d'ordre gnoséologique. La première correspond à la détermination de l'objet de la science en question, la seconde s'intéresse à la façon dont cet objet se présente au sujet épistémique. Aussi, la question de l'objectivité correspond à la question de l'objet de connaissance possible<sup>2</sup>. En effet, toute science se détermine d'abord par l'objet qu'elle se propose de préciser, puis par la méthode qu'elle entend développer pour identifier, caractériser puis représenter cet objet qui se donne à elle.

Notre présente étude s'intéresse à l'objectivité de la science du droit. Il apparaît nécessaire de préciser, si tant est que cela soit possible, cet objet « droit », ce concept de droit et cette notion de science du droit.

Tout d'abord, est-il nécessaire de rappeler, comme le fait, entre autres, H.L.A. HART dans son ouvrage Le concept de droit que le problème majeur qui surgit avec notre discipline est qu'il nous est difficile en doctrine de nous entendre sur une définition du droit. « Même si nous limitons notre attention à la théorie du droit des 150 dernières années et négligeons la spéculation classique et médiévale relative à la « nature » du droit, nous sommes amenés à découvrir une situation qui ne trouve de parallèle dans aucune matière dont l'étude systématique ait fait l'objet d'une discipline académique particulière. Il n'existe pas d'ample littérature qui soit consacrée à répondre aux questions « Qu'est-ce que la chimie ? » ou « Qu'est-ce que la médecine ? », comme c'est le cas pour la question « Qu'est-ce que le droit »<sup>3</sup>. Une première intuition semble ici se dégager. La réponse à la question de l'objectivité de la science du droit devra être articulée autour de la définition de cet objet.

---

<sup>1</sup> MORIN E. La méthode. 1. La Nature de la Nature. 1977 Points Essais, Seuil, p. 142.

<sup>2</sup> Cf. pour une réflexion en ce sens, LECOURT D. (sous la direction de) *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, P.U.F. Quaqdrige « Dicos de poche », 2003.

<sup>3</sup> HART H.L.A. *Le concept de droit*. 1961. traduction de KERCHOVE (van de) M. 1976, 2<sup>e</sup> édition 1980. Publications des facultés universitaires de St Louis. Bruxelles. p.13.

En se référant au dictionnaire de la culture juridique, l'article science du droit, rédigé par le M. TROPER, fait apparaître deux occurrences : lato sensu, la science du droit est la pratique des juristes, et est synonyme de dogmatique juridique. Le droit n'est pas l'objet d'une science, il est lui-même une science ; stricto sensu, l'expression science du droit est utilisée pour distinguer la science du droit du droit lui-même<sup>4</sup>. Et l'auteur de nous préciser qu'il existe deux épistémologies : celle du droit comme pratique scientifique et celle de la science dont l'objet est le droit positif. Déjà nous voyons poindre une première difficulté, l'un des arguments des adversaires de l'objectivité de la science du droit : le juriste aurait quelques difficultés à distinguer le droit de la science selon certaines approches. Nous nous situons d'emblé dans une approche qui distingue ces deux notions, qui fait du droit l'objet d'une science, dont l'objectivité sera ici questionnée. Nous justifierons plus loin la raison de ce parti pris dans la définition même de la notion d'objectivité.

En réaction contre cette potentielle critique, le juspositivisme a tenté de se constituer comme une véritable science du droit<sup>5</sup>. Pour reprendre l'article « science du droit » précité, le positivisme se caractérise par une distinction entre la science et son objet. Le positivisme juridique marque ici sa volonté de se limiter à la description de son objet. Et de ce fait, cette science positiviste du droit se doit de déterminer un objet susceptible d'être décrit. Cette science du droit porte donc sur un droit ayant une existence objective indépendante de la science elle-même, elle ne produit pas ce droit mais se borne à le (re-)connaître, à le décrire. Limitons nous pour l'instant à ces quelques considérations sur la science du droit (qui n'ont pas vocation à être exhaustives).

L'un des auteurs les plus fameux du courant positiviste et au sein de ce courant du normativisme est bien entendu Hans Kelsen. Le point de départ de notre étude sur l'objectivité de la science du droit ne peut être que la fameuse œuvre de H. KELSEN, à savoir, sa Théorie pure du droit<sup>6</sup>. En effet, dans la préface de la première édition, il définit la théorie du droit comme une « théorie du droit épurée de toute idéologie politique et de tous éléments ressortissants aux sciences de la nature ». La théorie pure du droit doit être « consciente de son individualité, qui est liée à la légalité propre de son objet »<sup>7</sup>. Son objectif est défini comme l'unique poursuite de la connaissance du droit à l'exclusion de son information. Ce qui revient pour H. KELSEN à tendre vers l'objectivité et l'exactitude.

Ainsi H. KELSEN semble lier deux notions pourtant indépendantes que sont la pureté et l'objectivité. Par exemple, sur les rapports du droit avec la politique : la théorie pure du droit a pour enjeu la saine épuration du premier d'avec la seconde c'est à dire « la renonciation à défendre au nom de la science du droit, c'est à dire en invoquant une autorité objective des postulats politiques qui n'ont qu'un caractère essentiellement subjectif »<sup>8</sup>. Aussi cette séparation de la science juridique de la politique entraîne-t-elle une autolimitation de la science du droit.

Pour H. KELSEN, la pureté comme postulat méthodologique ne saurait être sérieusement mis en question si l'on admet qu'il doit exister une science du droit. Il cherche à éviter un syncrétisme des méthodes qui obscurcit l'essence propre à la science du droit et qui rend floues et vagues les bornes qui lui sont assignées de son objet : le droit.

---

<sup>4</sup> ALLAND D., et RIALS S. (sous la direction de), *Dictionnaire de culture juridique*, Quadrige, « Dicos poche », 2003.

<sup>5</sup> Nous retiendrons la définition suivante de science empruntée au Petit Robert 2004. « III. A. 2. Ensemble de connaissances, d'études d'une valeur universelle, caractérisées par un objet (domaine) et une méthode déterminée, et fondées sur des relations objectives vérifiables ». Nous verrons toutefois que le caractère universel ici évoqué peut être remis en question.

<sup>6</sup> KELSEN H. *Théorie pure du droit*, D, 1962, trad. Ch. EISENMANN, LGDJ, 1999, 367 p.

<sup>7</sup> *Ibid*, p. 4.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

Face à cette attitude certains sociologues du droit contestent la possibilité pour le juriste, tout le moins pour le dogmaticien qui s'enferme dans un monisme méthodologique, la possibilité d'établir une science objective.

Le doyen CARBONNIER de nous rappeler que la différence entre sociologie du droit et théorie du droit ne tient pas à l'objet : c'est une différence de point de vue, d'angle de vision. Le même objet que le juriste dogmatique analyse du dedans, le sociologue du droit l'observe du dehors. Et c'est bien parce qu'il l'observe du dehors qu'il le voit comme un phénomène, comme extérieur, apparence, sans s'interroger sur ce qu'il peut être en lui-même, dans sa profondeur ontologique, comme essence. Ce qui importe aux sociologues c'est l'existence du droit dans la réalité physique, la matérialité des faits sociaux. La sociologie juridique (...) se borne à enregistrer l'existant sans le juger ; c'est une face de sa règle d'objectivité. De cette distance ( c'est l'objectivité comme matérialité de l'objet) naîtrait l'objectivité de la science comme une absence de parti pris, un refus des prénotions (c'est l'objectivité comme impartialité)

Alors que le juriste dogmatique, nous précise le Doyen CARBONNIER, est, par profession, logé à l'intérieur d'un système juridique, son système national. Même seulement théoricien, il peut légitimement prétendre agir sur son droit, car il en fait partie, puisqu'il est un membre de la doctrine. A ce titre, il est lui-même autorité dans le droit, même s'il n'est pas tout à fait source du droit. Le sociologue, au contraire, et même s'il s'intéresse au système juridique auquel il est soumis, demeure en dehors du système qu'il observe. L'observation qu'il en fait ne saurait le moins du monde en influencer le fonctionnement. « La sociologie juridique connaît la séparation radicale, propre aux sciences expérimentales, entre l'observateur et la matière observée. Et si le Droit est Dieu pour le dogmaticien, le sociologue, lui, s'impose de pratiquer l'athéisme méthodologique »<sup>9</sup>.

Tout de même, le Doyen CARBONNIER concède que « du fait même qu'elle a abandonné la philosophie, avec ses tendances idéalistes, la théorie du droit a marqué davantage son enracinement dans le droit positif. Elle s'est rendue plus acceptable à la sociologie juridique. La positivité peut être regardée comme un premier pas vers le réalisme sociologique ». Mais si le réalisme est concédé aux théoriciens, l'objectivité est réservée aux sociologues : « Il faut traiter le droit comme une chose »<sup>10</sup>. Ce serait ici que résiderait l'opposition principale avec le droit dogmatique : le droit n'est pas pour elle droit, mais chose – plus exactement multiplicité des choses, de phénomènes, qu'elle observe du dehors. L'objectivité est ici entendue de deux manières : comme matérialité et comme impartialité. Les deux sens, l'un scientifique, l'autre moral, font, ici une fois encore, loi pour le chercheur.

L'opposition semble, à ce point du raisonnement, radicale ! Il faut prendre de la distance par rapport à ces éléments, prendre de la distance (tendre vers une forme d'objectivité) et revenir aux définitions, bien que K.R. POPPER nous rappelle que les définitions ne produisent jamais une connaissance factuelle des choses<sup>11</sup>. L'exercice de définition a, je le pense, au moins le mérite de positionner le problème, de problématiser la controverse.

Il s'agit donc d'identifier une définition de l'objectivité parmi la masse des propositions faites. Est objectif, d'après le Grand Robert de la langue française de 2001, ce qui fait partie du monde extérieur et qui peut être connu par les sens comme objet, ou ce qui consiste en une réalité ou un ensemble de faits constatables, finalement, dès le début du XXème siècle, est objectif ce qui est ou se veut indépendant de toute préférence subjective et d'où sont exclus

---

<sup>9</sup> CARBONNIER J. Sociologie juridique. 1<sup>ère</sup> éd. 1978. 2<sup>ème</sup> éd. P.U.F. Quadrige « Manuels » 2004 p. 17.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 155.

<sup>11</sup> POPPER K.R. *Des sources de la connaissance et de l'ignorance*, Trad. de l'anglais par Michèle Irène et Marc B de Launay. Rivages Poche/ Petite Bibliothèque. 1<sup>ère</sup> édition 1963. 1998.

tout préjugé individuel, toute déformation volontaire de la réalité. En somme, l'objectivité est soit ce qui est indépendant de l'esprit (ce que pensent les sociologues), soit ce qui donne une représentation fidèle d'un objet (ce qui pourrait être la position de H. KELSEN).

Une autre définition pourrait apparaître plus importante dans l'enjeu qui est le notre et pourrait peut-être servir de socle de départ. D'après le Vocabulaire juridique de G. CORNU<sup>12</sup>, l'objectivité est la « représentation exacte de la réalité matérielle ou juridique, aptitude à en rendre fidèlement compte dans le discernement et la probité, sans préjugé, partialité ni arbitraire, qualité essentielle de jugement » (pour un juge, un chercheur,...). C'est en somme l'aptitude à mettre en évidence l'ensemble des données d'une situation.

Suivant le dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences<sup>13</sup>, il apparaît souhaitable de synthétiser les définitions de la notion d'objectivité comme suit ; est dit objectif :

- Tout ce qui existe indépendamment de toute connaissance ou idée.
- Ce qui est valable pour tous les esprits et non seulement pour tel ou tel individu.
- Ce qui est indépendant de la volonté.
- L'esprit de celui qui voit les choses telles qu'elles sont, sans se laisser influencer par ses préférences ou habitudes.
- La définition de l'objectivité de la science est possible avec ces quatre caractérisations.<sup>14</sup>

Notre problème semble alors se préciser : La position du chercheur par rapport à son objet semble être le centre du débat sur l'objectivité de la science. Reprenant les réflexions de F. OST et de M. van de KERCHOVE, « combinant les observations de BACHELARD et de HART » ces auteurs constatent que « dans bien des cas, les manifestations de la pensée juridique qui se donne pour scientifique ne s'affranchissent guère du point de vue interne<sup>15</sup>, entravées qu'elles restent dans les conceptualisations et systématisations qui se dégagent de la pratique elle-même. Par ailleurs, nombre de tentatives de constitution d'une science du droit autonome, dégagées du point de vue interne des juristes, paraissent bien occuper le point de vue désigné comme « radicalement externe »<sup>16</sup>.

Dès lors surgit notre problème, la science du droit développée par le juriste en tant que tel atteint-elle sa finalité de construire un corpus de connaissance objectif du fait même de l'implication du chercheur dans le monde du droit ? Au surplus, l'enfermement provoqué par le refus de syncrétisme méthodologique imposé par Kelsen dans la construction d'une science pure ne constitue-t-il pas un obstacle épistémologique à l'objectivité de la science du droit ? La position externe du sociologue serait-elle plus à même de garantir cette objectivité ? En somme, notre propos ne sera pas de discuter de la scientificité des méthodes proposées par les

---

<sup>12</sup> CORNU G. *Vocabulaire juridique*. Association H. Capitant. 1<sup>ère</sup> éd. 1987, 6<sup>ème</sup> édition juin 2004, P.U.F. Collection quadrigé. « Dicos poche ».

<sup>13</sup> *Opt. Cit.*

<sup>14</sup> LECOURT D. *Opt. Cit.*, Par opposition sera considéré comme subjectif :

- Ce qui est individuel, valable pour un seul sujet épistémique.
- Ce qui est apparent ou illusoire.
- Ce qui appartient seulement à la pensée ou à la perception humaine par opposition au monde physique ou aux choses en soi.

<sup>15</sup> Pour quelques précisions sur la définition des points de vue interne et externe cf. H.L.A. HART. *Le concept de droit*, trad. M. Van de KERCHOVE, Bruxelles, 1980, p. 112 et s. ; F. OST, M. Van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, p. 27-52.

<sup>16</sup> OST F. KERCHOVE (van de) M. *De la « bipolarité des erreurs » ou de quelques paradigmes de la science du droit*. In Archives de Philosophie du droit, T. 33, « La philosophie du droit aujourd'hui », 1988, p. 178.

uns et les autres, il s'agira bien davantage de discuter de la posture du chercheur par rapport à son objet, autrement dit de discuter de l'objectivité de sa recherche scientifique.

Notre hypothèse sera que l'objectivité de la science est une question qui dépend premièrement de la définition de la nature de son objet, en ce qui nous concerne de l'objet droit. Cette option qui joue ensuite le rôle de principe axiologique au sein de la science qui se développe sur son fondement influe sur la méthode développée en conséquence<sup>17</sup>. En d'autres termes, la postulation de l'ontologie de l'objet 'droit' est une question qui conditionne l'épistémologie développée par la science dans la recherche de son objectivité et donc de l'atteinte ou non de son but de développer une science objective. Nous nous interrogerons sur le positionnement du chercheur, ayant déterminé son objet et sa méthode, peut constituer un obstacle épistémologique à la constitution d'une science du droit objective.

Le débat oppose, au sein de ceux qui distinguent le droit de la science du droit, deux représentations différentes des normes, à savoir les tenants d'une ontologie dite hylétique des normes pour lesquels celles-ci sont des entités idéales, appartenant au monde du devoir-être, distinct et séparé du monde de l'être ; et les tenants d'une ontologie dite expressive pour lesquels les normes sont des faits, l'expression de volontés humaines<sup>18</sup>. Il nous apparaît donc nécessaire d'aborder la question de l'objectivité de la science du droit au regard de ces deux ontologies puisque rien ici ne semble les départager. En effet, nous suivons l'idée de M. TROPER selon lequel le choix d'une ontologie est stipulatif<sup>19</sup>.

Notre raisonnement se construira donc suivant la dichotomie opérée par les différentes ontologies postulées à la base des théories du droit. La question de l'objectivité du droit semble ainsi strictement conditionnée dans une conception hylétique des normes (I), tout comme l'objectivité de cette même science est apparemment déterminée dans le cadre d'une conception expressive des normes (II).

---

<sup>17</sup> Notre propos ne sera bien entendu pas de reprendre le débat d'un pluralisme ou d'un monisme des méthodes dans les sciences, pour cela nous renvoyons, et pour n'en citer qu'un à titre indicatif sur notre objet, à l'ouvrage de V. VILLA, *La science du droit*, trad. O et P. NERHOT, L.G.D.J., La pensée juridique moderne, 1990. Notre position sera celle de l'existence d'un pluralisme des méthodes, nous ne discuterons pas la scientificité de chacune d'elles, le cadre qui nous est imparti ne le permettant pas ni ne le justifiant.

<sup>18</sup> En ce sens, M. TROPER. *La philosophie du droit*, P.U.F, Que sais-je ?, 2003. p.35 et s.

<sup>19</sup> En ce sens, M. TROPER. Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit, in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, sous la dir. de P. AMSELEK et Ch. GREZGORCZYK, Paris, P.U.F., 1989, p. 55 et s.

## **La question de l'objectivité de la science du droit strictement conditionnée dans une conception hylétique des normes.**

Dans cette première partie du raisonnement que nous allons développer, les normes seront donc considérées comme des entités idéelles. Elles appartiennent au royaume de l'esprit. Ces normes ou règles sont ici conçues comme des « outils », le droit comme une « technique ». « Les règles de conduite sont plus précisément (...) des outils qui donnent à ceux à qui ils sont adressés et qui les utilisent, la *mesure* de leurs possibilités d'agir, de se conduire »<sup>20</sup>. Ainsi, les normes sont enfermées dans notre esprit. La norme étant à tout jamais exclue d'une existence dans l'être, l'idée d'une phénoménalité des normes s'établissant comme un non-sens conceptuel<sup>21</sup>.

La norme n'ayant aucune prise directe avec le monde sensible, se pose le problème pour la science du droit de son objectivité. Si, cette norme est dans les esprits, comment le chercheur en science du droit peut-il s'imposer cette distanciation nécessaire à l'établissement de l'objectivité de la science qu'il se propose de construire ? Le chercheur peut-il voir le droit tel qu'il est ? Le droit a-t-il une existence « vraie » ?

Face à ce problème épistémologique de l'appréhension de l'objet qui se présente au sujet épistémique, les auteurs ont tenté d'y répondre de différentes manières. D'une part, H. KELSEN (et avec lui les positivistes normativistes) a tenté de construire une science pure du droit à l'image des sciences de la nature. Cette pureté voulue fondant dans l'idée de ce théoricien l'objectivité de la science (A). Face à cette proposition, d'autres courants ou disciplines ont contesté la possibilité pour le chercheur appliquant une méthode strictement juridique de connaître l'objet de sa science. Aussi, ils ont tenté de construire une science apte à appréhender l'objet droit autour de méthodes diversifiées, de construire une science que nous qualifierons d'holiste, en ce qu'elle aura la prétention d'appréhender plus globalement l'objet 'droit'.

### **A. L'objectivité voulue d'une science pure des normes.**

La première attitude scientifique qui nous est amenée à questionner dans l'appréhension et la connaissance de l'objet 'droit' est celle élaborée par H. KELSEN dans sa Théorie pure du droit<sup>22</sup>. Nous allons rapidement présenter cette volonté de construire une science pure du droit, avant de nous interroger afin de savoir si cette pureté joue le rôle d'obstacle épistémologique<sup>23</sup> pour l'objectivité de la science, comme le prétendent certains.

Comme pour toute science, à travers sa théorie pure du droit, H. KELSEN définit l'objet de cette science du droit<sup>24</sup>, détermine les caractères de l'objet 'droit' tel qu'il sera appréhendé par cette théorie.

Le droit qui forme l'objet de cette connaissance juridique est un ordre ou règlement normatif de l'action humaine, c'est-à-dire un système de normes qui règlent la conduite

<sup>20</sup> AMSELEK P. Le droit dans les esprits, in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, *Opt. Cit.*, p. 28 et s.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>22</sup> KELSEN H. *Opt. Cit.*

<sup>23</sup> Nous entendons par obstacle épistémologique : les facteurs d'inertie qui prennent naissance dans l'acte même de connaître. Nous nous référons ici à l'immense œuvre de G. BACHELARD, entres autres, *La formation de l'esprit scientifique*, contribution à une psychanalyse de la connaissance scientifique, 1938, 8<sup>ème</sup> édition, Paris, Vrin, 1972. Nous renvoyons également au parallèle effectué par M. van de KERCHOVE et F. OST, entre la notion d'« obstacle épistémologique » de G. BACHELARD et la notion de « paradigme » chez Th. KUHN, in *De la « bipolarité des erreurs » ou de quelques paradigmes de la science du droit*, *Opt. Cit.*, p. 181.

<sup>24</sup> Sur la nécessité que toute théorie de la connaissance se fonde d'abord sur une définition de son objet, KELSEN H. *Opt. Cit.* p. 78.

d'êtres humains. Une norme est l'idée que quelque chose doit être ou se produire. Une norme est la signification d'un acte par lequel une conduite est prescrite, ou permise, et en particulier habilitée. La Norme n'est pas l'acte de volonté qui la pose. La norme est un devoir-être, un *Sollen*. L'acte de volonté dont elle est la signification est un être, un *Sein*.<sup>25</sup>

En effet, les actes perceptibles dans l'espace et le temps par les sens appartiennent au règne de la nature et s'expliquent par le principe de causalité. De ce fait, ils ne sont pas d'une connaissance spécifiquement juridique. Ces actes *deviennent*, nous dira H. KELSEN, des actes de droit (ou contre le droit). Ce n'est pas ce qu'ils sont dans leur matérialité, ce n'est pas leur réalité naturelle, c'est à dire déterminée causalement et incluse dans le système de la nature, c'est seulement le sens objectif qui y est associé, c'est la signification qui est la leur. « La signification spécifiquement juridique est reçue par les faits de normes »<sup>26</sup>. Les faits sont interprétés d'après des normes qui remplissent la fonction de schéma d'interprétation.

Autrement dit, que la science du droit ait pour objet les normes juridiques, suppose « qu'elle porte sur les faits de comportement humain ; mais ce comportement humain n'est son objet qu'en tant que et dans la mesure seulement où il est prévu par des normes juridiques, où il figure en qualité soit de condition soit de conséquence, ou, en d'autres termes, qu'en tant que et dans la mesure où il apparaît comme contenu de normes juridiques »<sup>27</sup>. Si les rapports mutuels des hommes sont un objet de la science du droit, ce n'est qu'en tant que rapports de droit, c'est à dire en tant que rapports qui sont fondés par des normes juridiques.

La seconde étape nécessaire d'établissement d'une science est la détermination de la méthode d'appréhension de l'objet étudié, en fonction de sa manière de se présenter. C'est ici qu'entre en ligne de compte chez H. KELSEN le refus de syncrétisme méthodologique. La théorie du droit se doit d'être épurée de toute idéologie politique et de tous éléments ressortissants aux sciences de la nature. La théorie pure du droit doit être consciente de son individualité, qui est liée à la légalité propre de son objet. L'objectif étant de poursuivre uniquement la connaissance du droit à l'exclusion de son information. Par ce biais là, il s'agit de tendre vers l'objectivité et l'exactitude. Dans le titre III de son œuvre, H. KELSEN spécifie le rapport entre « Droit et science ». La science pure du droit vise à comprendre son objet « juridiquement », c'est à dire du point de vue du droit. « Mais comprendre quelque chose juridiquement, (...) ce ne peut être que le comprendre comme droit, comme norme juridique ou contenu d'une norme juridique, comme déterminé par une norme juridique »<sup>28</sup>.

Examinons cette pureté méthodologique dans la pensée de H. KELSEN. Pour celui-ci, la pureté comme postulat méthodologique ne saurait être sérieusement mise en question si l'on admet qu'il doit exister une science du droit. Certes, il existe une différence très sensible entre sciences de la nature et sciences sociales. Une théorie générale du droit d'après les principes de la pureté méthodologique de la science du droit, c'est-à-dire de sa connaissance scientifique, doit fixer cette science du droit au sein du système des sciences. Il existe deux groupes de sciences, les sciences de la nature, dont l'objet est la nature, et les sciences sociales, dont l'objet est la société. Le droit, toutefois, montre ici sa spécificité en se distinguant de chacune d'elles<sup>29</sup>. En effet, les propositions de droit décrivent un devoir-être objectif, et la science du droit est une science normative, différente des sciences de la nature et des sciences sociales qui s'intéressent à des êtres. Cette théorie pure du droit se veut être une science objective qui se contente de décrire son objet, de connaître son objet c'est-à-dire

---

<sup>25</sup> KELSEN H. *Opt. Cit.*, p. 13.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 84.

d'établir ce qu'est le droit et comment il est. C'est une science du droit non une politique juridique. Elle vise à assurer une connaissance du droit, du seul droit, en excluant tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet. Il s'agit de débarrasser le droit de tous les éléments allogènes. Cette pureté est posée comme un principe méthodologique fondamental. Certes la sociologie a des objets en relation étroite avec le droit. Mais dans cette approche, il est nécessaire d'éviter un syncrétisme des méthodes.

Par le biais de cette méthodologie, H. KELSEN cherche à identifier, isoler et comprendre, en somme à connaître et expliquer les spécificités de l'objet droit par rapport à des phénomènes qui lui seraient proches ou connexes mais qui ne serait pas cet objet spécifique. Ainsi nous explique-t-il que tout acte de volonté humaine qui tend à obtenir une conduite d'autrui est un *Sollen*, a la signification subjective d'un *Sollen*. Mais seuls les actes qui en ont la signification objective sont des *Sollen*. Aussi, même quand l'acte de volonté disparaît, le *Sollen* perdure<sup>30</sup>.

C'est le cas quand une norme attribue la signification objective à l'acte de volonté qui pose un *Sollen* (acte habilité par une norme supérieure). La validité objective d'une norme selon laquelle un homme doit se conduire conformément à la signification subjective de l'acte de volonté d'un autre homme concernant sa conduite ne résulte et ne peut résulter que d'une autre norme.

La théorie pure du droit ne se propose pas d'analyser des actes de volonté en tant que tels, ni l'efficacité de tels actes, mais les normes juridiques entendues strictement : « les normes juridiques ne sont pas « la volonté » ou le « commandement » du Législateur ou de l'Etat si par volonté ou commandement on vise l'acte psychique de volonté »<sup>31</sup>. Il faut distinguer validité des normes de leur efficacité. Car la norme est un *Sollen* et non un *Sein*. L'efficacité est un fait de *Sein* que la norme est effectivement appliquée et obéie ou suivie. « Cette pureté méthodologique doit aussi être analysée comme la volonté de préserver l'intelligence de la norme de toute contamination empirique »<sup>32</sup>.

Pour qu'il s'agisse véritablement d'une norme, il faut qu'il existe la possibilité d'une conduite non-conforme. Validité et efficacité ne coïncident pas non plus dans le temps. Les normes juridiques entrent en vigueur avant même qu'elles ne soient effectives. Mais quand une norme juridique demeure dépourvue d'efficacité de façon durable, elle n'est plus considérée comme valable. « L'efficacité est une condition de validité des normes juridiques en tant qu'il faut qu'elle s'ajoute à leur édicton pour qu'elles ne perdent pas leur validité »<sup>33</sup>.

A cette attitude, plusieurs critiques ont été émises. En nous attachant strictement à l'objet qui nous concerne nous devons tout d'abord soulever le lien qui est effectué sans aucune raison ni démonstration entre les notions de 'pureté' et d'objectivité'. D'après le grand Robert, édition 2001, la pureté caractérise ce qui est pur, sans souillure, sans mélange. Cette notion renvoie à l'idée d'une homogénéité parfaite, aussi une science pure du droit est, comme le précise KELSEN, une science qui n'aurait recours à aucun élément allogène au droit, aucune méthode étrangère au droit, une science purement, strictement, juridique. Or si l'on se réfère aux définitions données en introduction de l'objectivité', il n'y a aucun lien évident. A moins de lier la pureté avec le refus de l'esprit objectif de se faire influencer. L'approche scientifique pure du droit serait une approche strictement juridique.

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>31</sup> KELSEN H. *Ibid.* p. 19.

<sup>32</sup> OST F et KERCHOVE (van de) M. *De la « bipolarité des erreurs » ou de quelques paradigmes de la science du droit*, *Opt. Cit.*, p. 195.

<sup>33</sup> KELSEN H. *Opt. Cit.*, p. 19.

C'est alors que survient une seconde critique. Elle est énoncée par F. OST et M. van de KERCHOVE, « le positivisme juridique oscille globalement entre l'adoption d'un point de vue interne, qui sous le couvert d'une description scientifique des normes juridiques en vigueur, n'en traduit pas moins l'attitude fondamentale d'un utilisateur des normes et non celle d'un savant »<sup>34</sup>. Une science pure du droit pêcherait par son attitude non distanciée par rapport au droit, par une absence de recul par rapport à l'objet et ne pourrait ainsi saisir la dimension essentielle du phénomène juridique. Le phénomène juridique est ramené dans la pensée de KELSEN aux catégories du *Sollen* et de l'imputation. Le phénomène juridique est centralisé sur la norme, mais celle-ci connaît son caractère normatif et juridique d'une norme. La validité est ainsi analysée, bien plus que comme une condition de possibilité, mais comme « une condition d'existence juridique »<sup>35</sup>.

Cet argument est renforcé par l'idée qu'aucun contrôle de la vérité des propositions en science du droit n'est possible. Il est impossible de les conforter aux normes, puisque les entités idéales ne sont pas directement perceptibles. Ou du moins, sont-elles sujettes à une forte pression de subjectivité puisque dépendante de l'esprit des individus qui s'y réfèrent.

Sur le premier élément de critique, il faut tout de même noter cette réelle volonté méthodologique de KELSEN de parvenir élaborer une science objective du droit, entendue comme position distanciée par rapport à l'objet. Le refus du chercheur de considérer des éléments hors du droit positif, sa volonté de ne se concentrer que sur le droit positif permet de créer cette matérialité de l'objet. Certes la norme est la signification d'un acte de volonté. Sa création est fondée sur un acte de volonté. Le droit est impur et véhicule des valeurs. Mais l'interprétation de la norme par la science du droit est, quant à elle, un acte de connaissance. « Elle consiste à déterminer, par une opération purement intellectuelle, le sens des normes juridiques. A la différence de l'interprétation par les organes juridique, elle n'est pas une création de droit. (...) L'interprétation scientifique ne peut rien faire d'autre ni de plus que de dégager les significations possibles des normes juridiques »<sup>36</sup>. En soumettant les propositions de la science du droit à un principe de vérification, le chercheur, même le dogmaticien peut tenter d'approcher cette objectivité scientifique. Sa pureté méthodologique venant renforcer sa finalité scientifique.

Toutefois, l'objectivité de la science de KELSEN est sujette aux nombreuses concessions que notre auteur fait à l'effectivité. De part, cette contradiction interne, la théorie pure du droit, dans sa volonté de se maintenir pêcherait d'un défaut d'objectivité. Le point de vue strictement interne du juriste s'adonnant à une science pure du droit emporterait celui-ci dans la dénaturaison de son objet. H. KELSEN semble par ces concessions revenir d'une part sur l'ontologie des normes qu'il pose comme paradigme à sa science, et d'autre part sur sa méthodologie puisqu'il est obligé de s'adonner à la constatation des phénomènes, de se référer à un *Sein*, l'effectivité du droit, pour appréhender son objet et conforter sa théorie.

Pour finir et pour se maintenir dans ce souci de respect de l'effectivité nous reprendrons un dernier type de critique que nous ne pourrions suivre dans ses conclusions. La normativité du droit comme objet d'analyse est parfois critiquée en ce que rien ne « correspondrait à une description phénoménologique du droit où la normativité apparaîtrait comme l'essence générique du droit »<sup>37</sup>. KELSEN, parmi les auteurs visés par cette critique, poserait comme axiome la normativité comme partie essentielle du droit, sans jamais le démontrer. Certains de renchérir, « nous sommes devant une description eidétique du droit en tant que norme et non

---

<sup>34</sup> De la « bipolarité des erreurs » ou de quelques paradigmes de la science du droit, *Opt. Cit.*, p. 186.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 341-342.

<sup>37</sup> PALLARD H.R. *La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique*, *Revue de la Recherche juridique – Droit prospectif*, 1988-1, p. 213.

devant une description phénoménologique du droit en tant que droit»<sup>38</sup>. Cette critique confond l'exigence du positivisme de décrire le droit tel qu'il est, c'est-à-dire pour le normativisme comme un *Sollen*, et la définition ontologique de l'objet que la science se propose d'analyser : le droit en tant que norme chez KELSEN. C'est parce que KELSEN pose comme principe premier à l'élaboration de sa théorie (science) pure du droit que son objet est une entité idéale, qu'il ne peut se référer à une « description phénoménologique du droit ». Il y a une différence d'objet entre la théorie développée et sa critique, aussi ne pourrions-nous soutenir cette critique. Au surplus, KELSEN, en refusant l'illusion métaphysique et la tentation psychologiste, par une concentration de ses investigations sur l'objet que constitué pour lui le 'droit positif, s'est assigné un programme scientifique où son objet est nettement identifié<sup>39</sup>.

Ayant ainsi développé la question de l'objectivité d'une science pure du droit et ses difficultés connues du fait des concessions faites par son auteur à la notion d'effectivité, il nous faut nous demander si dans le cadre d'une ontologie hylétique des normes, une approche différente pourrait accroître l'objectivité de la science que l'on se proposerait de fonder.

## **B. L'objectivité questionnée d'une science holiste des normes.**

Par une attitude strictement interne, nous venons de voir, que l'éminent auteur qu'était H. KELSEN a dû faire quelques concessions qui ont remis en cause à la fois sa conception hylétique des normes et sa méthodologie. Reste à savoir si une autre attitude pourrait être mieux à même de construire une science objective qui se proposerait d'analyser l'objet « droit ». Ici, se présentent plusieurs voies possibles. Il y a d'abord celle du non juriste, du sociologue par exemple qui, d'aucuns vous le diront, parce que totalement étranger à la science du droit, adoptant un point de vue radicalement externe, serait mieux à même d'appréhender cet objet. Toutefois, se poseront ici les questions de savoir si une science pure de la sociologie qui analyserait le droit, comme entité idéale, serait véritablement objective et si, dans ce cas précis, elle ne représenterait pas un objet autre. Ensuite, une autre attitude peut être adoptée, il s'agit par exemple de l'attitude du juriste qui appréhenderait l'objet droit en ayant recours à un syncrétisme méthodologique.

Par commodité, nous distinguerons l'approche des normes juridiques par les sciences sociales (1), et la science juridique comme syncrétisme méthodologique (2).

### 1. Les normes juridiques appréhendées par les sciences sociales.

Les sciences sociales seront ici concentrées sur la sociologie entendue comme science qui se donne pour objet la société, les phénomènes sociaux. Il s'agit ici pour nous d'évoquer la position scientifique du sociologue qui serait amené à étudier le droit, entendu dans une conception hylétique des normes. Parmi les auteurs que nous pourrions ici évoquer, deux retiendront notre attention, G. de TARDE, de manière succincte, puis, plus longuement M. WEBER.

G. de TARDE étudie les faits sociaux. Mais pour cet auteur, les faits dits sociaux ne sont autre chose que des idées ou des sentiments individuels, qui se seraient propagés par imitation. Ils n'auraient donc aucun caractère spécifique. « L'idée du Droit, si différente qu'en soit le contenu, est *formellement* la même en tout pays et en toute race, non qu'elle soit innée, mais parce qu'elle dérive nécessairement d'instincts naturels héréditairement légués à

---

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Certains vont jusqu'à faire un parallèle avec la démarche phénoménologique sans pour autant y voir un parallèle avec la science husserlienne, GOYARD-FABRE S. *Essai de phénoménologie du droit*, Librairie Klincksieck, Paris 1972, p. 37.

l'homme par ses ancêtres humains ou préhumains et réfractés par le milieu social »<sup>40</sup>. Le Droit comme phénomène social est ici appréhendé comme relevant du royaume des idées.

De son côté, M. WEBER qui envisage moins le droit comme un ensemble d'impératifs que comme un modèle de référence pour l'action. Sa sociologie se concentre sur l'action sociale. Celle-ci n'englobe pas l'ensemble des activités mais uniquement celles qui sont orientées par rapport à autrui<sup>41</sup>. Contrairement à l'approche positiviste, M. WEBER ne considère pas que la sociologie doit observer les faits sociaux et diagnostiquer les moyens de remédier aux problèmes sociaux. Pour lui la sociologie repose sur la compréhension, l'interprétation des activités sociales dans leur interrelation avec les comportements d'autrui. M. WEBER analyse le sens de cette action, il s'appuie sur des orientations différentes correspondant à des degrés de conscience plus ou moins élevés répertoriés en idéaux-types (au nombre de 4). Il cherche à saisir le sens visé par l'action de l'individu. Il évalue cette action par rapport à une action « idéal-typique » qui serait rationnelle. C'est pour cela, que nous le classons ici.

S'intéressant aux régularités de l'action sociale, il distingue les usages et les coutumes de la convention et du droit, qui seuls, ont le statut de normes car seuls, ils représentent une contrainte. C'est la nature de la sanction qui distingue ces deux types de normes : tout écart à une convention est sanctionné par le « réprobation », tandis que tout écart au droit est sanctionné par le « châtement ». La différence entre la convention, norme sociale, et le droit ne réside pas dans le degré de contrainte mais par l'existence, dans le cas du droit, d'une instance spécialisée dans la contrainte légitime, l'appareil judiciaire dans mes Etats modernes. Il introduit l'idée d'une relative autonomie du champ juridique, en accordant, en particulier, un rôle important aux juristes dans la construction du droit. M. WEBER montre l'évolution de nos sociétés vers la rationalisation : c'est, à la fois, un mouvement extérieur au droit puisqu'il concerne tout le champ social. Mais c'est aussi un mouvement interne au droit : la rationalisation du droit est favorisée par les juristes professionnels, les « notables de la robe », qui dans leur pratique quotidienne, doivent répondre aux attentes des « profanes »<sup>42</sup> qui veulent pouvoir anticiper sur les conséquences de leurs actes. Mais le processus va plus loin que les simples exigences de la pratique. Weber le relie à la formation des juristes : le droit se développe comme « œuvre de savoir » grâce à leur « formation littéraire et formellement logique ».

Le droit est défini comme « l'ordre légitime dont la validité est garantie de l'extérieur par l'éventualité d'une coercition physique ou psychique, destinée à obtenir le respect ou à sanctionner la violation d'une règle, exercée par un groupe d'hommes expressément voué à un tel but »<sup>43</sup>. A.J. ARNAUD remarque à ce propos « que cette perspective l'éloignait de la dogmatique juridique essentiellement en ce qu'elle s'appuyait, en ses fondements, sur l'observation de l'action individuelle ». De ce fait, même si chez certains sociologues, le débat sur le droit peut être un débat idéal relatif à la norme<sup>44</sup>, le sociologue tel que M.

---

<sup>40</sup>TARDE G. (de), *Les transformations du droit. étude sociologique*, Berg international « histoire des idées », 1994, p. 37.

<sup>41</sup> WEBER M. *Economie et société*, Librairie Plon, 1976, « Nous appellerons sociologie (...) une science qui se propose de comprendre par interprétation l'activité sociale et par là d'expliquer causalement son déroulement et ses effets. Nous entendons par « activité » un comportement humain (peu importe qu'il s'agisse d'un acte extérieur ou intime, d'une omission ou d'une tolérance) quand et pour autant que l'agent ou les agents lui communiquent un sens subjectif. Et par activité « sociale » l'activité qui, d'après son sens visé par l'agent ou les agents, se rapporte au comportement d'autrui, par rapport auquel s'oriente son déroulement ».

<sup>42</sup> WEBER M. *Sociologie du droit*, trad. GROSCLAUDE J., P.U.F., 1986, chapitre IV, *Les types de pensée juridique et les notabilités de la robe*, pp. 142-161.

<sup>43</sup> WEBER M. *Economie et société*, *Opt. Cit.*, p. 24-33.

<sup>44</sup> LASCOURMES P. (sous la dir. de), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, L.G.D.J. Droit et société, 14, 1995. p. 150.

WEBER est porté à donner une vision empirique du droit. Nous pouvons dès lors nous questionner sur la possibilité d'une telle approche en vue de rendre compte d'une conception hylétique des normes.

Max WEBER a discuté de la distinction entre science du droit et sociologie. R. TREVES nous rappelle les éléments de cette discussion : « La science du droit traite des normes et du sens logiquement correct qui doit être attribué à leur interprétation linguistique. L'étude sociologique du droit a en revanche pour objet les comportements, c'est-à-dire l'agir des hommes rapportés aux normes et les représentations que l'homme se fait de celles-ci »<sup>45</sup>. La science du droit s'occupe d'un devoir-être idéal, la sociologie s'occupe de l'être<sup>46</sup>.

Ici, le sociologue opte pour une attitude extérieure au droit. Mais, en tant que sociologue, et pour prendre l'exemple concret de M. WEBER, cette démarche peut entraîner le chercheur dans une dissolution de l'objet étudié. Sa démarche, par certains aspects, se rapproche d'une sociologie de l'acteur. M. WEBER saisiserait davantage ce qu'est le juriste que ce qu'est le droit. A l'égard de son étude sur le processus de rationalisation du droit, il développe quelques considérations sur le rôle d'une part des théoriciens du droit, d'autre part des techniciens du droit, dans ce processus. Tandis que les premiers donnent une légitimation aux « formes les plus diverses de pouvoir autoritaire » et en général aux formes les plus variées du droit positif, ils participent d'un processus de légitimation des « ordres créés par la révolution ». Les seconds, quant à eux, contribuent à la réalisation du droit<sup>47</sup>. Il apparaît alors que l'approche sociologique du droit dans le cadre d'une ontologie hylétique des normes risque fort de ne pas permettre davantage d'objectivité que pour la science pure du droit, voire encore moins en ce que cette science finit par être oublieuse de son objet pour en analyser un autre, le juriste.

D'autres sociologues commettront le même écueil, sûrs de leur distance par rapport à l'objet droit qu'ils désirent appréhender, ils commettront le défaut de le dissoudre dans les faits sociaux (ils perdent alors la spécificité de l'objet d'étude) ou chercheront à expliquer le discours des juristes sur le droit, critiquant cette attitude interne mais par ce biais, ils feront au mieux de la sociologie des juristes.

Le point de vue strictement externe semble ainsi dissoudre notre objet 'droit' dans un ensemble de considérations beaucoup plus larges, nous sommes ici dans le travers opposé à la situation précédemment évoquée. Nous nous trouvons face à une bipolarité des erreurs<sup>48</sup>. Il semblerait que ce que l'on gagne en distanciation par rapport à l'objet est ici perdue en compréhension de celui-ci, en spécification.

Il est en dernier lieu encore possible de contester la position externe du sociologue. Si celui-ci étudie le système dans lequel il se situe, l'extériorité n'est pas évidente. Surtout, si l'on s'accorde avec M. WEBER pour reconnaître qu'en sociologie l'analyse porte presque toujours indirectement sur des valeurs. Comment ne pourrait-ce être le cas quant à l'analyse du droit ? Et si la sociologie porte indirecte sur des valeurs, le sociologue a son propre système de valeurs qui est susceptible de biaiser son analyse. Pour qu'une analyse soit scientifique, elle ne doit pas dépendre des valeurs du savant, aussi elle doit pouvoir être contrôlée et faire l'objet de vérifications. Aussi, WEBER demande-t-il au savant de ne pas considérer une analyse comme universelle, mais par rapport aux valeurs et présupposés qui la sous-tendent. C'est le principe qu'il qualifie de neutralité axiologique. Il importe de faire la différence entre un fait scientifiquement vérifiable et une analyse en partie subjective.

---

<sup>45</sup> TREVES R. *Sociologie du droit*, P.U.F., Droit éthique société, 1995, p. 133.

<sup>46</sup> WEBER M. *Economie et société*, Opt. Cit., p. 321.

<sup>47</sup> WEBER M. *Sociologie du droit*, Opt. Cit., p. 216 et s.

<sup>48</sup> BACHELARD G. *La formation de l'esprit scientifique.* ; cf. OST F. et KERCHOVE (van de) M. *De la « bipolarité des erreurs » ou de quelques paradigmes de la science du droit*, Opt. Cit., p. 177.

Reste dans notre première partie de raisonnement à étudier une autre voie possible, celle du syncrétisme méthodologique.

## 2. La science du droit comme syncrétisme méthodologique.

Il s'agit ici de la posture méthodologique du juriste qui ne se limite pas à une volonté de purifier la science du droit. Ce juriste qui opterait pour un syncrétisme méthodologique alliant la sociologie à la science du droit, serait ici sous le feu des critiques des écueils évoqués dans toute cette partie, tant celles dirigées par un E. PALLARD<sup>49</sup> contre la science pure du droit d'un H. KELSEN, que celles visant la sociologie juridique. Ici, il apparaît difficile pour une telle approche de se départir de ces critiques.

Aussi, dans une approche hylétique des normes, la science pure du droit de Hans KELSEN est certes soumise à la critique de manière véhémente et parfois même de manière très juste, toutefois, dans une telle approche, le postulat d'une méthode strictement juridique, la pureté d'une science du droit ne semble pas être moins soumise à la critique du défaut d'objectivité que celle du sociologue ou d'un juriste pratiquant le syncrétisme. Il nous faut maintenant voir ce qu'il en est dans le cadre d'une ontologie expressive des normes.

---

<sup>49</sup> Cf. *infra*, p. 13.

## **La question de l'objectivité de la science du droit apparemment déterminée par une conception expressive ces normes.**

Par opposition à notre première approche, notre objet 'droit' est conçu *in res*. Le 'droit' est constatable de par son « existence (...) dans la réalité extérieure à nos consciences »<sup>50</sup>. Il ne s'agira pas pour nous d'aborder l'approche jusnaturaliste. Toutefois, nous remarquerons que par certains de ces effets, la conception expressive des normes n'est pas à l'abri d'un certain jusnaturalisme rampant, parfois dissimulé derrière de mauvaises précautions scientifiques.

Par symétrie avec notre première partie, et pour répondre au sujet qui nous préoccupe, il s'agira cette fois-ci de s'interroger sur la question de savoir si dans une conception expressive des normes, la construction d'une science du droit par le juriste est possible. L'élaboration d'une science pure du droit (A) ne sera pas à l'abri dans sa volonté d'atteindre l'objectivité (ou d'atteindre le « but de la science »<sup>51</sup>) des critiques des sciences sociales. C'est alors qu'il faudra se demander si une approche qui pratiquerait le syncrétisme, ou si une science sociale qui appréhende les phénomènes sociaux dans leur globalité, si une science que nous appellerons encore « holiste », permettrait d'atteindre plus justement l'objectivité (B).

### **A. L'objectivité conçue d'une science pure du droit.**

Dans cette approche, le droit est l'objet d'une part une approche théorique, et d'autre part, une approche pratique. « Que l'on considère les textes de droit ou que l'on interroge la vie juridique, le droit positif "peut se comprendre et s'expliquer comme phénomène". Il y a en effet un existence de fait de la normativité juridique : les règles multiples qui énoncent et véhiculent le droit, les jugements qui appliquent le droit, sont, pour nous, un donné »<sup>52</sup>. C'est cette phénoménalité du droit qui va permettre la science juridique et l'appréhension scientifique du droit.

L'un des courants ici visé est le positivisme strict, la conception empiriste de la science du droit. Les normes sont conçues par ce courant comme des objets empiriques, c'est à dire comme l'expression de volontés humaines, nous avons par exemple le second KELSEN, le KELSEN des années 1950. La science juridique décrit le droit, c'est-à-dire décrit des actes de volonté. Affirmer qu'une norme est valide, c'est décrire non pas la relation logique à une autre norme, mais seulement l'acte de volonté par lequel elle a été posée. Le droit est avant tout un système dynamique.

L'un des traits du juspositivisme est sa volonté d'autonomiser la science du droit, et d'éviter sa soumission à d'autres domaines de connaissances. C'est pour cela que, comme toute science, il définit de prime abord son objet et cela comme un objet unique. Par cet acte, la science du droit cherchera à se distinguer d'autres sciences empiriques telles que la sociologie. En ce sens, pour le juspositiviste, le droit est un « quid unicum » qui n'a pas à être expliqué par ces liens avec d'autres faits, même s'il tend à leur donner sens et qualification, à leur servir de référence.

Ross optera pour une position à peu près similaire. En effet, pour celui-ci, le droit n'est qu'un ensemble de faits de caractère psychosocial, des faits observables qui, par conséquent, peuvent être décrits par des propositions vérifiables, comme n'importe quelle hypothèse<sup>53</sup>. Un projet de règle juridique par son passage dans le processus de fabrication acquiert la force

---

<sup>50</sup> VILLEY M. Le droit dans les choses, in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, *Opt. Cit.*, p. 12.

<sup>51</sup> POPPER K. R. *La connaissance objective*, 1<sup>ère</sup> édition 1979, Champs Flammarion 1998, pp. 297-313.

<sup>52</sup> GOYARD-FABRE S. *Opt. Cit.*, p. 36.

<sup>53</sup> Cf. l'article « science du droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *Opt. Cit.*

obligatoire et l'efficacité psychologique requise. La règle de droit a pour résultat un texte précis. Mais le droit naît de l'action judiciaire. De manière générale, l'école scandinave du réalisme juridique s'est profondément intéressée à l'examen des notions de « droit positif » et de « règle de droit », et s'est concentrée sur le problème de validité des normes davantage que sur leur positivité. Conformément à la philosophie positivistes, ils rejettent l'idée d'un droit naturel « qui constitue en quelque sorte la base tacitement acceptée du droit positif mais qui échappe à l'observation et se soustrait, en tant que principe donné a priori, à la raison humaine »<sup>54</sup>. ROSS, quant à lui, envisage le droit comme un système de commandement ayant pour fonction d'organiser, dans des cas concrets, le fonctionnement du mécanisme de contrainte étatique manié par les autorités publiques. Le système détermine ainsi la compétence de ces autorités. Le réseau de normes existant dans la société s'analyse alors comme un « schéma d'interprétation » de l'ensemble de la réalité sociale. Les règles de droit positif seront les règles effectivement appliquées par les tribunaux. « On peut dire qu'une règle donnée appartient, plus ou moins, au droit actuellement en vigueur selon le degré de probabilité avec lequel on peut prédire qu'elle sera effectivement appliqué »<sup>55</sup>. Les thèses formulées par la science juridique sur le droit en vigueur sont en fait des prédictions sur les événements sociaux à venir. Mais ROOS reconnaît que chaque prédiction est en même temps un facteur réel, qui peut avoir une incidence sur l'évolution et qui constitue, de ce fait, un acte politique.

Nous en arrivons ici au point où la volonté de construire une science objective du droit touche ses limites dans sa pureté méthodologique. Si nous maintenons comme KELSEN et le positivisme strict l'idée d'une méthode purement juridique, nous en arrivons imiter le serpent qui se mord la queue...

En effet, dans cette conception expressive des normes, le chercheur en droit vient de poser la distance nécessaire à son approche scientifique. Il peut s'adonner à une description de une explication de son objet. L'objectivité scientifique est ici conçue comme une neutralité totale à l'égard de la réalité observée. Le droit est un fait, il ne s'agit pas pour le juriste de dire le droit tel qu'il devrait être mais bien tel qu'il est. La science du droit peut par un acte de cognition décrire, en restant neutre d'un point de vue éthique, son objet. Ainsi, le Doyen CARBONNIER commentera « Du fait même qu'elle a abandonné la philosophie, avec ses tendances idéalistes, la théorie du droit a marqué davantage son enracinement dans le droit positif. Elle s'est rendue plus acceptable à la sociologie juridique. La positivité peut être regardée comme un premier pas vers le réalisme sociologique. »<sup>56</sup>

Toutefois, nous avons vu que nous en arrivons à un chercheur qui se trouve politiquement engagée de part l'impureté de son objet. Les prédictions de la science du droit ne sont pas étrangères à la réalité sociale, le juriste est enfermé dans son système... La rupture épistémologique vis-à-vis de son objet est ici à son tour rompue. Le juriste se soumet à nouveau à la critique de son manque d'objectivité. D'aucuns en conclurons que le juriste n'est pas à même de parler du 'droit'.

Un auteur tel que Uberto SCARPELLI, nous rappelle que l'une des critiques adressée au juspositivisme tient en la distinction entre l'interprétation dite scientifique de ce courant et l'interprétation juridique de ce courant. Pour celle-ci, « la scientificité est fonction de la positivité (...), on élabore l'appareil conceptuel capable de traduire les normes interprétées en expressions rigoureuses et de formuler les relations internes au système, pour servir la volonté politique qui s'est manifestée dans tel droit positif, pour réaliser la discipline des rapports sociaux vers laquelle tend cette volonté politique pour rendre effective la structure de normes

---

<sup>54</sup> STRÖMHOLM S. et VOGEL H.-H. *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du droit*, L.G.D.J., 1975, Bibliothèque de philosophie du droit, volume XIX, p. 48.

<sup>55</sup> ROSS A. *Om ret og retfaerdighed*, cité par STRÖMHOLM S. et VOGEL H.-H, *ibid.*, p. 67.

<sup>56</sup> CARBONNIER J. *Opt. Cit.*, p. 25.

de droit positif qui est le squelette de l'organisation politique »<sup>57</sup>. La discipline qui s'intitule « science du droit » se servirait des formes scientifiques de pensée et de langage, et du savoir faire pour la réalisation de finalités et d'intérêts politiques.

En effet, la critique peut être entendue. Le point de vue strictement interne ne permettrait pas la constitution d'une science du droit qui ne serait pas soumise à la critique de son objectivité. Mais ces détracteurs ne se fourvoient-ils pas eux-mêmes ? Parce que certes, le droit envisage l'homme dans sa vie concrète et s'empare des faits dans leur concrétude, mais « l'alliance du fait et du droit est si profonde qu'il convient de l'étudier avec beaucoup de soin »<sup>58</sup>. Le défaut d'objectivité ici reproché au juriste risque de ne pas épargner, nous le verrons, le sociologue du droit qui, lui aussi, serait partie intégrante du système qu'il décrit. Malgré une position extérieure par rapport à la discipline juridique, le sociologue est, nous le soutenons, positionné à l'intérieur du système. En effet, n'oublions pas nos enseignements de physique ou astrophysique, dans lesquels nous apprenions que la position d'un objet ou sujet ne se conçoit que par rapport à un référentiel. Changez de référentiel et ce qui était à l'extérieur, se trouve inclus. Pour le sociologue qui regarde le juriste observer son objet 'droit', le sociologue se voit à l'extérieur. Certes. Pour le juriste, qui regarde le sociologue l'observer pendant qu'il analyse son objet 'droit', le voit comme partie intégrante du système juridique, soumis à ce système...

Parallèlement, ROSS était conscient de ce type de critique, il a en ce sens distingué dans la science du droit d'une part « science juridique *de lege lata* » et la « science juridique *de sententia ferenda* ». Cette première approche consiste en la description et la systématisation des règles de droit, la seconde s'intéresse aux prises de positions pratiques. D'autre part, face à cette conception de la science existe ce qu'il nomme « science juridique de lege ferenda », qui est mise au service du Législateur. La science juridique ne devant être qu'une science sur les normes, et non une science composée de normes, celle-ci ne saurait avoir le statut de science. Malheureusement, ROSS n'ira pas jusqu'à élaborer un cadre méthodologique pour le chercheur qui lui permettrait de faire tendre la science vers l'objectivité scientifique et lui éviter de tomber dans l'écueil que l'on vient de citer<sup>59</sup>.

Il apparaît dès lors que la volonté de construire une science pure du droit dans le cadre d'une ontologie expressive des normes n'échappe pas à la critique de son objectivité. Même si elle parvient à délimiter strictement son objet, sa méthode pure ne lui permet pas de surmonter ce qui pourrait constituer un obstacle épistémologique : son refus d'éléments allogènes dans l'appréhension d'un objet par nature impur fait juxter la politique et la science juridique.

## **B. L'objectivité conditionnée d'une science holiste des phénomènes juridiques.**

Devant les difficultés d'élaboration d'une science objective et pure du droit, il nous faut nous interroger de savoir si les sciences sociales, et en particulier la sociologie, sont mieux à même de constituer une telle science objective. Parallèlement, nous questionneront la science du juriste qui pratique le syncrétisme.

### 1. Les sciences sociales des normes juridiques.

Reprenant le mode de raisonnement présent dans notre première partie, nous allons d'abord évoquer la position du sociologue qui dans une méthodologie propre à la sociologie, avec des outils purement sociologique cherche à appréhender le phénomène juridique. Si l'on se réfère à un auteur comme M. MAUSS, « tout ce que postule la sociologie, c'est simplement que les faits que l'on appelle sociaux sont dans la nature, c'est-à-dire sont soumis au principe

<sup>57</sup> SCARPELLI U. *Qu'est ce que le positivisme juridique?*, 1965, Trad. Clavreul C., Bruylant, L.G.D.J., la pensée juridique, 1996, p. 32.

<sup>58</sup> GOYARD-FABRE S. *Opt. Cit.*, p. 53.

<sup>59</sup> En ce sens, STRÖMHOLM S. et VOGEL H.-H. *Opt. Cit.*, p. 81 et s.

de l'ordre et du déterminisme universels, par suite intelligibles »<sup>60</sup>. En conséquence, la sociologie est présentée comme permettant au juriste d'élargir sa documentation sur le droit et ses sources<sup>61</sup>.

Un autre auteur, E. DURKHEIM, qui opte pour une méthode positiviste, estime que les faits sociaux sont des « manières d'agir, de penser et de sentir, extérieures à l'individu, et qui sont douées d'un pouvoir de coercition en vertu duquel elles s'imposent à lui »<sup>62</sup>. La spécificité de la sociologie est de rechercher l'explication de la vie sociale dans la société elle-même. « La cause déterminante des faits sociaux doit être recherchée dans d'autres faits sociaux ». Pour que cette recherche soit scientifique, il faut considérer « les faits sociaux comme des choses »<sup>63</sup>. De là, il faut écarter les prénotions, les idées reçues des chercheurs sur la réalité sociale. Le but de l'analyse sociologique est de comprendre les phénomènes sociaux, d'identifier les problèmes et de trouver des remèdes.

Chez cet auteur, le fait social a deux caractéristiques : l'extériorité et la contrainte. Le fait social est extérieur à l'homme, il est pensé comme préexistant à l'individu, il perdure au-delà de la vie de l'individu. Le fait social s'impose également à l'homme comme une contrainte : d'abord, parce que le non-respect des règles de la vie sociale peut entraîner des sanctions de la part de la société ; ensuite parce que le respect de ces règles conditionne souvent la réussite des actions que l'on entreprend.

On trouve, chez DURKHEIM, une relativisation absolue de la distinction entre norme juridique et norme sociale. Chez lui, la norme juridique découle de la norme sociale, le droit est une « cristallisation » des mœurs : « les mœurs ne peuvent être que la base du droit et le désaccord n'est que de l'ordre de l'exception ». La source du droit comme de toutes les normes, c'est le groupe : ce sont les plus intenses des sentiments collectifs qui donnent naissance au droit. C'est pourquoi DURKHEIM introduit une filiation entre religion, morale et droit. La différence entre la morale et le droit tient à l'organisation de la sanction, diffuse dans le premier cas, organisée dans le second. La morale est ainsi présentée comme un droit embryonnaire. C'est aussi la forme de la sanction qui permet de distinguer les différentes catégories du droit. DURKHEIM récuse, en effet, le classement des juristes car pour lui tout droit a une fonction sociale. Il distingue deux catégories de normes juridiques. Celles qui font l'objet de sanctions répressives, elles consistent en une peine infligée à l'agent ; celles qui comportent des sanctions restitutives, elles « consistent seulement en une remise des choses en l'état ». Or, si dans les premières, l'on peut classer le droit pénal, le droit administratif pour certains aspects, dans les secondes, le droit civil, droit commercial, le droit administratif dans une certaine mesure, le droit constitutionnel quant à lui se trouve difficilement classé dans cette dichotomie...

La méthode d'analyse préconisée par DURKHEIM se veut objective en ce qu'il considère les faits sociaux comme des objets. Il place l'objet à l'extérieur et peut ainsi l'observer avec distance. Il propose alors d'écarter les prénotions et de définir rigoureusement les phénomènes étudiés. Le sociologue devra rechercher les causes efficientes des phénomènes étudiés. Il soumet l'administration de la preuve aux règles de la méthode expérimentale.

L'une des critiques majeures apportée à DURKHEIM est celle de R. ARON, il lui reproche de vouloir penser scientifiquement la société en même temps en faire le foyer de l'idéal moral.

---

<sup>60</sup> MAUSS S. *Essais de sociologie*. Editions de Minuit. 1969. p. 7. ; Cet argument est ainsi défendu : « Or cette hypothèse n'est pas la fruit de la spéculation métaphysique ; elle résulte d'une généralisation qui semble tout à fait légitime. Successivement cette hypothèse, principe de toute science, a été étendu à tous les règnes (...) ce n'est pas au sociologue de démontrer que les phénomènes sociaux sont soumis à la loi [de la nature] : c'est aux adversaires de la sociologie à fournir la preuve contraire ».

<sup>61</sup> En ce sens, ARNAUD. A.J. *Critique de la raison juridique, I. Où va la sociologie du droit ?* PARIS, L.G.D.J. 1981, p. 211.

<sup>62</sup> DURKHEIM E. *Les règles de la méthode sociologique*, 1937, 11<sup>ème</sup> éd. P.U.F.Quadrige 2002, p. 5.

<sup>63</sup> Ibid. p. 15.

Or, pour R. ARON, on ne peut pas parler de « la société » ou de la « morale » mais de « groupements humains » et de conflits sur des valeurs. Nous voyons ici poindre une critique que l'on retrouvera sur DUGUIT, celle d'une subjectivité déguisée. Le regard n'est peut-être pas si extérieur. La matérialité de l'objet vient tromper l'observateur qui ne se méfie pas de l'impureté de ce même objet.

Même si, pour le Doyen CARBONNIER, l'idée de traiter le droit, fait social, comme une chose, cabre les juristes, qu'ils soient jusnaturalistes ou juspositivistes, elle est entrée dans l'habitude des sociologues du droit (p. 102). Les juristes ont raison de leur point de vue : le droit, *en droit*, n'est pas une chose ; car, pour étudier des phénomènes non juridiques (...), les regarder du dehors est la position la plus naturelle, tandis que celui qui observe son propre système de droit tend spontanément à y entrer, et s'il ne peut s'ériger en législateur-réformiste, du moins il se comporte en interprète. Il a fallu les leçons de DURKHEIM pour suggérer à la sociologie juridique l'en-dehors décisif. Méthodologiquement, du reste, il attribuait aux règles de droit une valeur instrumentale sans pareille : par leur généralité, leur permanence, leur matérialité, elles étaient capables de révéler les faits sociaux plus objectivement que n'auraient pu le faire par exemple des sentiments, des opinions, voire des conduites non juridiques.

Force est de constater avec F. von HAYEK sur la question de cette objectivité, de cette matérialité des faits sociaux, que les faits comme « l'action humaine ou sociale ne sont pas des « faits objectifs » au spécial et étroit où ce terme est utilisé pas les sciences et opposé aux « opinions ». (...) Si dans les sciences de la nature le contraste entre les faits objectifs et opinions subjectives est simple pour le chercheur, cette distinction ne peut être aussi aisément mise en œuvre dans les sciences sociales »<sup>64</sup>. En effet, et nous rejoignons cet auteur, sur l'idée que les faits sociaux sont au moins en partie constitués de « points de vue », « d'opinions ». L'idée selon laquelle la connaissance concrète des faits est « objectivement » donnée, c'est-à-dire universellement reconnue, constitue une source d'erreur en science sociale et peut être considérée comme un obstacle épistémologique à la constitution d'une science objective qui se donnerait pour objet le phénomène juridique. Nous venons ici de voir poindre l'écueil de l'observateur qui se croit suffisamment protégé par la distance instaurée face à son objet. La sociologie appréhendant l'impur objet 'droit' n'est pas à l'abri d'un défaut d'objectivité.

## 2. La science du droit comme syncrétisme méthodologique.

Dans le cadre d'une ontologie expressive des normes, le choix pour une approche syncrétique par la science juridique semble être possible. Surtout si l'on considère le point de vue de Jean van HOUTTE selon lequel, « du point de vue du sociologue, qui s'astreint à des recherches empiriques, il n'y a pas de notion de droit qui s'impose a priori. Il y a des arguments valables pour préférer restreindre le droit au droit des juristes. (...) Le droit des juristes constitue un type de normes qui se distingue nettement des autres. Elles constituent donc une catégorie spécifique de phénomènes (...). Il convient d'ailleurs aussi de remarquer que la sociologie du droit perd beaucoup de son intérêt pour le juriste si elle ne s'intéresse pas en premier lieu au droit dans le sens le plus strict. »<sup>65</sup>.

J. CARBONNIER illustre parfaitement l'attitude du juriste qui dans son projet scientifique opte pour un syncrétisme des méthodes. Il part du constat qu'entre le droit dogmatique et la sociologie du droit, la différence ne tient pas à l'objet : c'est une différence de point de vue, d'angle de vision. Le même objet que le droit dogmatique analyse du dedans, la sociologie du droit l'observe du dehors. Et c'est bien parce qu'elle l'observe du dehors

---

<sup>64</sup> HAYEK (von) F. Scientisme et sciences sociales. Essais sur le mauvais usage de la raison. Trad. BARRE R. PLON AGORA. p. 32.

<sup>65</sup> HOUTTE (van) J. La sociologie du dt ou les limites d'une science, Droit et Société 3- 1986, p. 220.

qu'elle le voit comme un phénomène, comme extérieur, apparence, sans s'interroger sur ce qu'il peut être en lui-même, dans sa profondeur ontologique, comme essence<sup>66</sup>.

La sociologie juridique connaîtrait la séparation radicale, propre aux sciences expérimentales, entre l'observateur et la matière observée. Nous avons vu ce précédemment ce que ce type de croyance dans l'élaboration d'une méthodologie en science pouvait entraîner comme écueil.

Surtout, le Doyen CARBONNIER insiste sur la différence d'objet qui peut être vue comme plus profonde. Le dogmaticien analyse le droit comme un ensemble de faits normatifs, obligatoires, contraignants, au lieu que le sociologue n'y voit que des phénomènes dépouillés de toute autorité. L'idée est impliquée que la sociologie juridique pourrait étudier les règles de droit en éliminant entièrement leur caractère obligatoire, même le caractère obligatoire qu'elles ont à l'égard de leurs sujets naturels. Or l'autorité est un élément ineffaçable du phénomène juridique.

Il y aurait toutefois des atouts à user de la sociologie en tant que juriste. Même s'il est possible de penser que la connaissance personnelle que les sociologues du droit tirent de leur mémoire de juristes est un obstacle considérable à la constitution d'une sociologie scientifique du droit. Ce qui importe aux sociologues c'est l'existence du droit dans la réalité physique, la matérialité des faits sociaux. Compléter les deux approches permettrait d'appréhender l'objet 'droit' sous deux angles distincts, et de ce fait, de cumuler cet atout à celui de la matérialité de l'objet. Ce dédoublement des questionnement du chercheur sur son objet pourrait constituer une mesure de préservation des obstacles épistémologiques évoqués plus haut. Le doyen CARBONNIER lui-même reconnaissait qu'il y « a des atouts à concilier les Il y a un fond commun méthodologique en sociologie générale : la règle de l'objectivité, et ses corollaires, la méthode historico-comparative »<sup>67</sup>. L'objectivité peut être alors entendue de deux manières : comme matérialité et comme impartialité. Les deux sens, l'un scientifique, l'autre moral, font loi pour le chercheur.

Appréhendée dans sa matérialité, l'objectivité de la science par la sociologie doit éliminer des phénomènes observés par elle tout ce qui a un caractère soit personnel (non général), soit purement intérieur (ne tombant pas sous les sens), que le juriste appliquant une science juridique pure ne décèlerait peut-être pas si facilement. Au surplus, le juriste n'appréhende peut-être pas l'objet 'droit' dans sa globalité, la sociologie pourrait être un complément. Ainsi, J. CARBONNIER nous rappelait, que « si l'on veut se faire du droit une image complète, il faut donc accepter d'inclure des phénomènes subjectifs dans le champ de l'observation. Mais même ces phénomènes subjectifs doivent être appréhendés par leur matérialité »<sup>68</sup>.

Appréhendée dans son impartialité, l'objectivité de la science par le cumul de la sociologie et des techniques juridiques pures, permet de se purger des jugements de valeur implicites. Ce cumul des méthodes permet un développement de la notion de compréhension : il ne suffit pas de connaître, il faut comprendre, pénétrer les phénomènes pour pouvoir ensuite être capable de les expliquer. Et prendre conscience que la notion de vérité n'est pas un bloc préconstitué. Elle se constitue peu à peu, à travers maintes erreurs, par la discussion voire la polémique. Il faut une délimitation des compétences. Dans toute recherche, il y a une phase préparatoire où s'élabore l'hypothèse qui guidera les travaux. Cette phase préparatoire est mieux délimitée si, au lieu d'un seul référentiel, l'on se positionne par le biais de plusieurs. Ainsi l'on admet que l'impartialité pure est impossible.

Toutefois, certains auteurs vont jusqu'à nier la possibilité de construire une science sur la base la sociologie du droit, si par science on entend comme K. POPPER la nécessité

---

<sup>66</sup> CARBONNIER J., *Opt. Cit.*, pp. 13-28.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 156.

d'énoncer des propositions universelles. La sociologie du droit ne permettrait que d'établir des énoncés propres à des systèmes juridiques particuliers<sup>69</sup>.

Ainsi, « L'on pourrait penser (...) que la phénoménalité du droit est seulement le mode d'apparaître du juridique ; mode d'apparaître que récuse la sagesse de l'intellect, rompant, dans sa quête du réel, avec l'apparence, toujours superficielle. Le "phénomène" juridique ne serait alors que l'image-pour-nous (...) de l'être juridique. La leçon de cette ontologie, de type platonicien, est claire : il faut échapper à l'apparence, au "phénoménisme" qui est le règne de l'existence toute nue, car ce qui est ne coïncide pas avec ce qui apparaît ; l'essence du droit – la juridicité – ne réside pas dans la phénoménalité des règles ou du commerce juridique »<sup>70</sup>.

Pour résoudre cette question interrogeons nous un instant avec un autre juriste qui s'est adonné au syncrétisme, Léon DUGUIT. Partant d'une unité des méthodes entre sciences sociales et sciences physiques ou naturelles, il cherche à appliquer la philosophie positiviste qui prône pour toute science, avant tout l'observation des faits. Le refus de la métaphysique, des concepts a priori quine sont que des hypothèses, l'amène à condamner les notions et concepts de droits subjectifs, souveraineté, de personnalité morale. Son attitude méthodologique lui est inspirée d'Auguste COMTE, elle se résume en un « réalisme systématique »<sup>71</sup>. Toutefois, l'observation de la société, concrètement entendue, va mener L. DUGUIT à distinguer d'une part les lois formelles qu'énonce le Législateur et le droit objectif, qui transcende les volontés humaines, qui de ce fait ne provient pas de l'individu mais de la société. Le droit objectif est le fait social, régi par les lois de la solidarité. Ce droit objectif appartient au monde du donné, il est constatable. Au Législateur de constater ce droit objectif et de le transposer dans sa législation nationale. Outre la remarque de S. GOYARD-FABRE selon laquelle L. DUGUIT fonde son système sur la loi de solidarité posée comme base du système et prisme interprétatif des faits sociaux sans jamais le démontrer, ni le justifier, cette approche tend à présenter l'interprétation de faits par certains pour « vrais » et à ce titre non soumis à la falsification. C'est cette attitude que nous qualifions de jusnaturalisme rampant, et à ce titre de non objective. Ce qu'elle présente comme étant indépendant de la volonté des hommes n'est en fait que le produit d'une volonté particulière. Nous ne pouvons qu'être d'accord avec l'affirmation suivante : « Un réalisme comme celui de L. DUGUIT renvoie donc à un idéalisme et, par là, malgré le prestige qui s'y est attaché, avoue son échec ». Ici, réside les limites d'une approche syncrétique de la science du droit, et au-delà de la soumission de ses propres théories à la contradiction d'autres théories. Il s'agit pour elle de se méfier de sa distance ontologiquement posée avec l'objet. Certes, cet objet 'droit' a une existence dans la réalité, encore ne faut-il pas décrire cette réalité à travers un prisme déformant. Pour ce faire, la proposition de S. GOYARD-FABRE semble intéressante par les précautions qu'elle induit. Il s'agit de considérer le phénomène juridique « sous ses deux aspects complémentaires et inséparables : le *remplissement* du droit par le fait est l'envers nécessaire et indissociable de l'*élévation* du fait hors de l'empirie »<sup>72</sup>. C'est ce que cet auteur appelle le phénomène d'idéation. Et, à ce titre, on en revient davantage à une approche syncrétique telle que proposée par M. WEBER mais préservée des défauts méthodologies induits par les ontologies opposées. L'approche syncrétique devient garant d'objectivité de la science du droit, mais surtout permet une approche globale de l'objet 'droit' tout en préservant le chercheur de la dissolution de son objet, et du constructivisme.

---

<sup>69</sup> FRIEDMAN L.M. *La sociologie du droit est-elle vraiment une science ?*, Droit et Société, 2-1986, pp. 113 à 125.

<sup>70</sup> GOYARD-FABRE S. *Opt. Cit.*, p. 37.

<sup>71</sup> GOYARD-FABRE S. *Opt. Cit.* p. 139.

<sup>72</sup> *Ibid.* p. 70.

En titre de conclusion, nous reviendrons sur cette idée selon laquelle il ne serait pas possible de construire une science du droit objective. Tout juriste, que nous sommes, a certainement rencontré « un vrai scientifique » pour nous le faire remarquer. Nous avons ici démontré que la science du droit porte sur un objet impur, et les défaillances méthodologiques tiennent souvent au non respect tant de l'ontologie placée comme fondement axiologique à l'élaboration d'une théorie, ou du défaut de précaution prise du fait de cette ontologie postulée.

La solution proposée en fin de notre raisonnement serait peut-être une précaution scientifique supplémentaire, celle de considérer que puisqu'il n'y a pas d'entente au sein de la communauté des juristes sur l'objet droit et au sein de la communauté des chercheurs en sciences sociales sur cet objet, de considérer que le phénomène juridique doit être appréhendé dans ses deux aspects, telle les deux faces de Janus.