

**L'ANALYSE DU DISCOURS
DE LA DOCTRINE JURIDIQUE
L'ARTICULATION DES PERSPECTIVES INTERNE ET EXTERNE**

PAR

Marc LOISELLE

Doctorant

“On peut définir un filet de deux façons, en fonction du point de vue. Normalement, on dira que c’est un instrument avec des mailles qui permet de prendre du poisson. Mais on peut, sans offenser la logique, inverser l’image et définir un filet comme (...) un ensemble de trous reliés ensemble par du fil”.

(J. Barnes, Le Perroquet de Flaubert).

L’analyse du discours juridique pose un double problème. Le premier tient à l’objet. En effet, de très nombreux documents peuvent servir de support à une telle analyse : les textes écrits ayant valeur de droit positif, les travaux préparatoires utilisés pour leur élaboration, les publications de la doctrine universitaire, les consultations des praticiens du droit, mais aussi, par extension, tout document, écrit ou non, relevant de “*l’imaginaire juridique*”¹. Or, derrière cette multiplicité des documents se profilent en fait deux types distincts de langage, constitutifs du discours juridique. D’une part, le langage du droit, c’est-à-dire l’ensemble des règles juridiques résultant de ce que Kelsen a appelé les “*interprétations authentiques*”. D’autre part, le métalangage qui a pour objet le langage du droit ; il est imputable à des individus — simples particuliers, hommes politiques, juristes, sociologues, anthropologues — susceptibles de délivrer uniquement des interprétations non authentiques produites

1. Arnaud (A.-J.), *Critique de la raison juridique. I. Où va la sociologie du droit ?* Paris, L.G.D.J., 1981, p. 392.

par des actes de connaissance ou de jugement et dépourvues de force juridique obligatoire². L'analyse du discours juridique — qui constitue elle-même un métalangage — peut donc avoir deux objets distincts : soit le langage prescriptif que constitue le droit, soit le métalangage qui le prend pour objet. Cette clarification est d'autant plus nécessaire — et difficile — qu'en réalité de nombreux glissements se produisent souvent entre ces deux plans.

Le second problème tient à l'analyse. Chacun des langages constitutifs du discours juridique est justiciable de multiples approches, se distinguant par le point de vue qu'elles mettent en œuvre. Le langage du droit peut être appréhendé à partir d'au moins deux points de vue, dont l'opposition a été décrite de manière idéal-typique par Hart. Le premier est interne ; il est adopté par celui qui considère les règles juridiques de l'intérieur, c'est-à-dire "*comme un membre du groupe qui les accepte et les utilise comme modèle de conduite*"³ ; la perspective qu'il crée consiste à analyser le droit à partir des significations qu'il revêt pour les individus dont il régit les comportements, qu'ils soient juges, fonctionnaires ou citoyens. Le second point de vue sur le droit est externe ; c'est celui d'un observateur qui n'accepte pas lui-même les règles juridiques et qui, soit se réfère de l'extérieur à la manière dont les membres d'un groupe les acceptent, soit observe simplement des régularités comportementales en ignorant la normativité de ces règles⁴. De la même manière, le métalangage du droit peut être analysé selon ces deux perspectives différentes : il est possible de l'appréhender de l'intérieur, comme un des éléments du système juridique, en acceptant les notions, représentations et valeurs sur lesquelles il repose ; à l'inverse, ce type de discours juridique peut faire l'objet d'une approche externe, en rupture avec ses présupposés. Dans le premier cas, l'analyse reproduit, redouble, rationalise le discours que certains acteurs tiennent sur le droit ; dans le second, elle rompt avec les notions (rupture épistémologique) et / ou les valeurs (rupture axiologique) qui structurent ce discours et le système juridique dans lequel il prend place.

Toute analyse scientifique des discours juridiques réclame donc une réflexion épistémologique préalable. Qu'elle relève d'une épistémologie du droit positif ou d'une épistémologie du savoir des juristes⁵, celle-ci doit permettre au chercheur d'évaluer les éclairages — et les ombres — que chacun des différents points de vue est susceptible de projeter sur l'objet qu'il délimite. Mais elle doit surtout lui permettre de définir son propre point de vue, afin

2. Sur la distinction de ces deux formes d'interprétation, cf. Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, trad. française par H. Thévenaz, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1953, rééd. 1988, p. 153 et s.

3. Hart (H.-L.-A.), *Le concept de droit*, 1961, trad. française par M. Van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 114.

4. *Ibid.* Selon Hart, ce point de vue externe correspond à deux formes d'observation : la première serait modérément externe tandis que la seconde le serait radicalement.

5. Sur la distinction de ces deux formes d'épistémologie juridique, cf. Atias (C.), notamment *Épistémologie du droit*, Paris, P.U.F., "Que-sais-je ?", 1994, p. 43 et s.

de déterminer la perspective suivant laquelle il entend appréhender son objet. Cette recherche sur la recherche juridique, dans laquelle s'objective la relation du chercheur à son objet, conditionne en partie la validité scientifique de toute analyse des discours juridiques.

Au regard des problèmes posés par cette forme d'analyse discursive, l'étude *in concreto* d'un concept tel que celui de l'Etat de droit⁶, si limitée soit-elle, peut apporter différents enseignements. D'abord, elle met en évidence la nécessité de déterminer le type de discours juridique qu'il s'agit d'appréhender. La notion d'Etat de droit fait partie de ce que C. Eisenmann a appelé les "*concepts de doctrine*" ou de "*classification théorique*", créés et employés par les théoriciens du droit dans le but de connaître et d'analyser les phénomènes juridiques⁷. Ainsi, si l'étude de tels concepts peut s'appuyer sur le droit, elle doit surtout être centrée sur le métalangage du droit, et plus spécialement sur les "*propositions de droit*"⁸ formulées par la doctrine juridique. Cette clarification préalable permet de mieux baliser le champ d'investigation ; en outre, elle facilite la constitution du corpus documentaire.

Mais une étude comme celle du concept d'Etat de droit permet également de montrer l'importance de la définition du point de vue à partir duquel un concept de doctrine peut être appréhendé. Elle soulève en effet immédiatement une série de questions : la recherche est-elle conçue comme une critique⁹, une description¹⁰ ou une rationalisation¹¹ de définitions préexistantes (du concept d'Etat de droit ou de tout autre concept du même type) ? Or, ces questions — qui peuvent se poser soit effectivement et concrètement, soit explicite-

6. Cet article s'appuie sur les recherches que nous avons menées dans le cadre de notre thèse de doctorat en droit public, intitulée "Le concept d'Etat de droit dans la doctrine juridique". La soutenance de cette dernière n'étant pas effectuée au moment de la rédaction de cette contribution, il nous a semblé préférable de renvoyer, pour illustrer notre propos méthodologique, aux travaux d'autres auteurs (dans la mesure du possible) ; leur publication les rend plus accessibles aux étudiants auxquels est destiné l'ouvrage collectif dans lequel cet article prend place.

7. Eisenmann (C.), "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique", *A.P.D.*, n°11, 1966, p. 29 ; selon lui, les principaux concepts de la théorie politique ou constitutionnelle (la souveraineté, la démocratie, l'Etat etc.) sont des concepts de ce type. Mais il existe également des concepts contenus dans une "*source du droit positif*" (p. 26 et s.), qui sont au carrefour du langage et du métalangage du droit.

8. Sur la distinction des "*propositions de droit*" (*Rechtssätze*) et des normes juridiques (*Rechtsnormen*), cf. Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 51.

9. La recherche se veut-elle critique ? Auquel cas, s'appuie-t-elle sur un jeu de valeurs alternatives, ou vise-t-elle à proposer une nouvelle définition du concept étudié, plus conforme aux valeurs qui lui sont sous-jacentes ? Etc.

10. Le projet est-il descriptif ? Dans ce cas, est-il d'ordre historique, juridique, sociologique, anthropologique ou épistémologique ? Quoi qu'il en soit, quelle place est faite aux travaux qui ont permis la définition de ce concept ? D'ailleurs, par certains aspects, la description ne revêt-elle pas un aspect critique ? Etc.

11. Si la recherche est destinée à perfectionner, à rationaliser la définition d'un concept existant, ce projet est-il axiologiquement neutre ? Se fonde-t-il, au contraire, sur une adhésion explicite et volontaire aux valeurs qui le sous-tendent ? Quelles sont ces valeurs ? Etc.

ment et de façon théorique — s'articulent toutes autour d'une seule et même interrogation : le concept (d'Etat de droit ou tout autre objet de nature identique) est-il appréhendé "de l'intérieur" ou "de l'extérieur" ? Autrement dit, l'observateur reproduit-il, d'une manière ou d'une autre, le discours de la doctrine dont fait partie le concept étudié ? Ou, au contraire, s'approprie-t-il cet objet en prenant ses distances théoriques avec le discours doctrinal — et avec le système juridique dont celui-ci est un des rouages ? Cette interrogation, valable aussi bien pour le sociologue que pour le juriste, est essentielle ; aucun observateur ne peut en faire l'économie, sous peine de confondre involontairement les deux perspectives.

Enfin, l'étude du concept d'Etat de droit peut apporter quelques éléments susceptibles d'éclairer le choix d'un point de vue. Contribution en acte à l'épistémologie du savoir des juristes, et plus particulièrement des concepts de doctrine, elle offre un point de vue sur les points de vue. Elle permet ainsi, à défaut de prescrire (ou de proscrire) une approche particulière, de souligner les avantages heuristiques qui s'attachent, pour ce type d'étude, à une articulation des perspectives interne et externe¹²(I). Mais cette analyse concrète permet également de s'interroger sur les conditions méthodologiques indispensables à une telle articulation (II).

I - L'ARTICULATION DES PERSPECTIVES

L'opposition idéal-typique des points de vue interne et externe correspond à deux façons distinctes de connaître les catégories du métalangage juridique. Comme l'ont montré F. Ost et M. Van de Kerchove, la perspective interne vise essentiellement à développer la compréhension d'un objet, à le décrire ou à l'observer, mais en aucun cas à l'expliquer ; cette autre fonction de la science revient au contraire à la perspective externe, laquelle tente d'y parvenir "*en intégrant les phénomènes juridiques dans des champs plus vastes dont les multiples déterminants contribuent à configurer le développement*"¹³. Autrement dit, l'opposition des points de vue interne et externe recoupe la distinction, non moins idéal-typique, de la compréhension et de l'explication¹⁴

12. Ces enseignements ne peuvent prétendre avoir de validité hors du cadre strict de l'épistémologie des concepts de doctrine, domaine dans lequel ils ont été élaborés ; les étendre à l'analyse des concepts issus d'une source formelle du droit nécessiterait des travaux complémentaires, indispensables pour leur confirmation — ou leur réfutation. Pour ce qui est de leur application au droit, cf. les travaux de Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), en particulier *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 135 et s.

13. Ost (F.), Van de Kerchove (M.), "De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?", in Chazel (F.), et Commaille (J.) (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 72-73.

14. Sur cette opposition, cf. Lalande (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 1926, rééd. Paris, P.U.F., Coll. "Quadrige", 1993, V° "Comprendre" et les observations correspondantes de Rickert, lequel distingue "*l'explication, qui cherche à déterminer les*

(A). A partir de cette opposition — que l'étude du concept d'Etat de droit permet de mettre en évidence — ont été développées plusieurs démarches, destinées à articuler les perspectives interne et externe ; elles cherchent à montrer qu'il est à la fois possible de comprendre et d'expliquer les concepts de doctrine (B).

A) Comprendre ou expliquer

Selon C. Eisenmann, les concepts de doctrine "*sont la création de la théorie et d'elle seule, sa création souveraine, en ce sens qu'il s'agit de décisions intellectuelles en vue de la meilleure analyse possible (...), en vue de la meilleure mise en ordre et intelligence possible de la réalité...*"¹⁵. Adopter un point de vue interne sur un concept de cette nature consiste à prolonger la chaîne des décisions intellectuelles dont il résulte afin de perfectionner le travail doctrinal de systématisation et de classification du droit pour lequel il a été forgé. Cela permet de mieux comprendre le concept étudié, de pénétrer par ce biais la part du réel qu'il rend intelligible et, simultanément, de parfaire cette intelligibilité juridique. L'adoption d'un point de vue externe rompt avec cette démarche ; elle cherche au contraire à expliquer le concept de doctrine, à mettre en lumière les fonctions qu'il remplit et les conditions qui le déterminent, afin de dévoiler ce que peut masquer le travail doctrinal de systématisation du droit dans le cadre duquel il a été conçu.

I/ Comprendre : le point de vue interne

Un concept est constitué par deux entités logiques : d'une part, une définition, qui détermine des caractères communs à certains objets ; d'autre part, une extension, c'est-à-dire la classe des objets regroupés parce qu'ils possèdent les mêmes caractères. Analyser un concept — comme celui de l'Etat de droit — à partir d'un point de vue interne consiste essentiellement à comprendre ces deux êtres logiques et la relation qui les unit. Cette perspective peut d'abord apparaître au travers de différentes interrogations qui tendent à renforcer la contribution de la doctrine à la systématisation et à la classification du droit¹⁶ :

(suite note 14) *conditions d'un phénomène, et la compréhension, par laquelle l'esprit connaissant réussit à s'identifier aux significations intentionnelles, essentielles à l'activité historique, concrète, d'un homme*".

15. Eisenmann (C.), "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique", art. cité, p. 33.

16. Comme l'a démontré P. Amssek ("Les fondements ontologiques de la théorie juridique", *A.P.D.*, t. XXIX, 1984, p. 205), ce type de spéculation théorique s'inscrit dans une "*démarche technologique*", par laquelle le "*technologue*" "*réfléchit sur les outils qu'il crée et utilise, (...) dans la perspective de perfectionner cette expérience artisanale, de la rendre plus performante, d'y introduire à la lumière de sa raison de l'ordre, de la cohérence, des améliorations*". Cette technologie peut viser à rationaliser les modes de création du droit (la "*technologie juridique constituante*"), mais aussi, ce qui peut être le cas pour les concepts de doctrine, les instruments juridiques en vigueur ; dans ce cas, elle rationalise la "*technique juridique constituée*".

la définition de tel concept est-elle suffisamment précise pour fournir une classification pertinente des objets ? Les caractères qu'elle souligne permettent-ils leur différenciation objective ? Cette définition doit-elle être perfectionnée ? De quelle façon doit-elle l'être afin que puissent être énumérés dans leur intégralité et de manière suffisamment certaine les objets de la classe correspondant au concept ? Mais, à côté de ce "*point de vue interne cognitif*", peut également être développé un "*point de vue interne normatif*"¹⁷, qui se traduit par d'autres interrogations : par exemple, quelles modifications le système juridique de tel Etat doit-il subir pour que ce dernier puisse être pleinement considéré comme un Etat de droit — ou comme une démocratie, etc. ? Comprendre le concept théorique permet alors de prescrire certaines modifications du droit positif. Quel que soit le cas de figure, il s'agit pour l'observateur de manipuler des concepts pour consolider à la fois la doctrine qui les définit et le système juridique qu'ils permettent de rationaliser.

De nombreuses analyses du concept d'Etat de droit peuvent illustrer cette perspective, en particulier celles développées par la majeure partie de la doctrine juridique : glissant souvent de la dogmatique à la doctrine *stricto sensu*, du registre descriptif au registre prescriptif, elles engagent généralement un point de vue "*interne savant*"¹⁸. L'histoire de la doctrine publiciste regorge d'exemples susceptibles d'éclairer cette perspective. Lorsque R. Carré de Malberg définit le concept d'Etat de droit, il l'appréhende de façon doublement interne. D'une part, parce que son travail vise moins à examiner le système concret de l'Etat de droit — et son fonctionnement — qu'à décrire son concept, sa logique, ses spécificités¹⁹. D'autre part, parce que son analyse prescrit les conditions d'un perfectionnement de l'Etat de droit en France²⁰ ;

17. Sur cette distinction entre perspective interne / externe cognitive et perspective interne / externe normative, cf. Leader (S.), in Arnaud (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J.-Scientia, 1988, p. 312, V° "Interne / externe" : "La première se réfère à une distinction entre les causes qui résident à l'extérieur du système, et les raisons de telle ou telle interprétation d'une règle à l'intérieur du système ; tandis que la deuxième distinction renvoie à deux modes selon lesquels les valeurs au sein du système sont reçues, la perspective interne normative montre une approbation des valeurs tandis qu'une perspective externe normative manifeste le rejet ou la neutralité envers ces valeurs de la part de l'observateur".

18. Ost (F.), Van de Kerchove (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 46. Selon ces auteurs, ce point de vue est l'apanage de la seule doctrine juridique *stricto sensu*, laquelle s'attache à formuler des prescriptions ; il ne serait pas celui de la dogmatique (le "*versant théorique de la doctrine*") qui ne comprend que des descriptions (*Ibid.*, p. 44-45). Toutefois, les analyses par lesquelles la dogmatique juridique vérouille la signification de certains concepts peuvent, sous couvert de simple description, avaliser "*les postulats pratiques sous-jacents aux phénomènes relatés*" (*Ibid.*, p. 47). Cf. les remarques de Troper (M.), "La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel", *R.D.P.*, t. C, 1984, p. 271.

19. Cf. Carré de Malberg (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, rééd. C.N.R.S., 1962, t. I, p. 489 et s. Ce point de vue interne cognitif est bien illustré par l'examen des relations entre le concept d'Etat de droit et ceux d'Etat de police et d'Etat légal (*Eod. loc.*).

20. Cf. Carré de Malberg (R.), *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, rééd. Economica, 1984, en particulier la conclusion, p. 215 et s. Cet aspect normatif de

après s'être efforcé de comprendre la limitation juridique de l'Etat, il en vient à déterminer les moyens de sa réalisation. Ainsi, alors que l'emprunt de la notion d'Etat de droit à la doctrine allemande était porteur d'un déplacement du point de vue (vers l'extérieur), Carré de Malberg demeure au contraire tributaire des postulats sous-jacents à la limitation de l'Etat par le droit et au système juridique français²¹. Cette perspective peut également être illustrée par certaines analyses contemporaines, particulièrement nombreuses depuis la résurgence du concept d'Etat de droit. Tel est le cas, par exemple, lorsque C. Goyard réclame, en se fondant sur le principe de l'Etat de droit, l'extension, en France, du contrôle de constitutionnalité aux actes des autorités investies du pouvoir exécutif²².

Sur le plan de la connaissance des concepts de doctrine, ce type d'analyse présente certains avantages. Il permet d'abord de mieux comprendre la façon dont ces notions sont définies, de saisir leur signification, leur portée théorique. Autre avantage, cette meilleure compréhension des concepts contribue à améliorer le travail de classification et de systématisation du droit auquel participent les juristes de doctrine ; l'analyse interne des concepts renforce ainsi la dogmatique juridique. Cette perspective peut également favoriser la compréhension des phénomènes auxquels les concepts se rapportent : l'analyse interne du concept d'Etat de droit a permis de pénétrer avec une certaine acuité le problème de la limitation juridique de l'Etat en éclairant la liaison fondamentale qui unit l'Etat et le droit. Enfin, l'analyse interne permet une meilleure perception de la spécificité des concepts de doctrine ; reflétant le point de vue des juristes, elle respecte la juridicité des notions qu'ils emploient²³.

L'analyse interne des concepts de doctrine n'est cependant pas exempte de toute critique. Elle conduit en effet à accepter les présupposés, les mythes et les idéologies qui se dégagent du système juridique et tendent à imprégner la

(suite note 20) la doctrine de Carré de Malberg constitue une entorse aux principes du positivisme dont il se réclame.

21. La critique de l'Etat légal développée par Carré de Malberg vise moins à rompre radicalement avec le système juridique français qu'à le perfectionner ; si les mécanismes constitutionnels qu'il propose sont destinés à anéantir la souveraineté parlementaire, ils sont également voués à rendre à la volonté générale un rôle actif dans l'élaboration de la loi. Malgré sa dimension critique, le concept d'Etat de droit permet ainsi à Carré de Malberg de rationaliser le système juridique, en tentant de redonner au principe de "la loi, expression de la volonté générale" la place qui lui revient. Dès lors, on peut considérer qu'il développe un point de vue interne normatif.

22. Goyard (C.), "Etat de droit et démocratie", in *Mélanges R. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 305 ; cf. également la définition de l'Etat de droit proposée par cet auteur, p. 301.

23. Comme le rappelle M. Troper ("Sur la théorie juridique de l'Etat", *Le Débat*, n°74, mars-avril 1993, p. 91-92), la juridicité des concepts repose sur au moins deux critères, dégagés par Jellinek. D'une part, l'absence de réalité naturelle correspondant au concept en question ; d'autre part, l'existence d'un but pratique pour lequel il a été défini. M. Troper considère cependant qu'il est nécessaire d'ajouter d'autres critères à ceux-ci (cf. *infra* I. B. 1).

doctrine²⁴. Parce qu'il ne permet pas d'opérer la coupure épistémologique par laquelle l'observateur prend ses distances avec l'objet qu'il étudie, le point de vue interne tend à reproduire — et à asseoir — les postulats implicites qui structurent son objet²⁵. L'étude du concept d'Etat de droit illustre bien ces difficultés. La perspective interne peut d'abord amener l'observateur à cautionner involontairement le mythe de l'Etat de droit²⁶ ; ce faisant, ce dernier risque d'avaliser l'idée d'un pouvoir totalement assujéti à des règles juridiques, et de contribuer ainsi à renforcer la légitimité de l'autorité des gouvernants. Ensuite, de façon plus pernicieuse, l'analyse interne du concept d'Etat de droit peut conduire à reproduire des postulats implicites qui ne sont que la rationalisation d'idéaux ; parmi ceux-ci figurent notamment l'idéal de la rationalité juridique, le modèle hiérarchique ou encore le monisme étatique²⁷. Enfin, lorsqu'elle revêt un aspect ouvertement normatif, elle cède à ce que M. Troper appelle "*l'idéologie du progrès dans les techniques constitutionnelles*"²⁸. L'étude interne du concept d'Etat de droit tend ainsi à rationaliser — volontairement ou non — l'idéologie sous-jacente à la limitation juridique de l'Etat et à conforter l'assise du système juridique²⁹. Comme le montre cet exemple, une telle posture est susceptible d'hypothéquer la connaissance proprement scientifique de ce type de concept. Dès lors, il peut sembler préférable d'adopter un point de vue externe, privilégiant l'explication.

2/ Expliquer : le point de vue externe

L'adoption d'un point de vue externe vise à expliquer les concepts de doctrine en les rapportant à certains phénomènes considérés comme fondamentaux. En effet, par cette perspective, l'observateur tente de reconstruire son objet à partir d'hypothèses qui lui permettent d'échapper aux divers présupposés de la doctrine et du système juridique dans lequel elle s'insère. Il peut ainsi mettre en lumière non seulement la prédétermination des concepts de la science du droit, mais aussi l'extériorité des facteurs qui configurent leur développement ; de tels concepts reflètent des phénomènes non spécifiquement juridiques, de nature sociale, économique ou politique. Ce point de vue trans-

24. Comme l'affirme J.-J. Bienvenu, "*toute étude sérieuse des conditions d'émergence des notions juridiques révèle qu'elles sont toutes traversées d'idéologie*", "Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif", *Droits*, n°1, 1985, p. 158.

25. Cf. Ost (F.), Van de Kerchove (M.), "De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?", art. cité, p. 72.

26. En ce sens, Counelle (M.), *Introduction au droit public français*, Paris, Domat-Montchrestien, 1979, p. 72.

27. Sur ces trois paradigmes, cf. Ost (F.), Van de Kerchove (M.), "De la « bipolarité des erreurs » ou de quelques paradigmes de la science du droit", *A.P.D.*, t. XXXIII, 1988, respectivement p. 192, 200 et 202.

28. Troper (M.), "La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel", art. cité, p. 274 ; cette idéologie repose sur la conviction que "*l'histoire constitutionnelle a un sens et [que] l'évolution doit conduire à l'établissement du régime politique idéal*".

29. Miaille (M.), *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 54.

paraît au travers de différentes interrogations : par exemple, dans quelles conditions tel concept est-il apparu ? Quelle influence l'évolution politique et sociale exerce-t-elle sur son évolution ? En quoi tel concept constitue-t-il un enjeu idéologique important pour les gouvernants ? La vocation explicative de ce type de questionnement passe par le déplacement du point de vue du chercheur qui s'émancipe ainsi à l'égard du travail doctrinal de systématisation et de classification du droit — point de vue externe cognitif — ; ce faisant, il peut faire œuvre critique vis-à-vis des valeurs sous-jacentes au système juridique et à la dogmatique lorsque celle-ci les avalise -point de vue externe normatif.

L'analyse marxiste du concept d'Etat de droit fournit une bonne illustration de cette démarche externe normative (bien qu'elle se fasse de plus en plus rare, en particulier dans la dogmatique juridique). Dans la perspective ouverte par le matérialisme historique, l'Etat et le droit apparaissent comme les éléments d'une superstructure déterminée "en dernière instance" par les rapports de production propres à la société capitaliste ; ils constituent les moyens privilégiés par lesquels la classe dirigeante (la bourgeoisie) établit et maintient des rapports de domination qui lui sont favorables ; ils ne sont que le reflet du mode de production capitaliste. Dès lors, le concept d'Etat de droit doit être expliqué à la lumière de l'infrastructure. Comme l'affirme R. Lukic, "*selon les théoriciens de l'Etat de droit, les Etats antérieurs n'étaient pas des Etats de droit car leur volonté ne connaissait pas de limite. (...) Dans l'Etat de droit, les citoyens sont protégés par le droit lui-même, fondé sur la Constitution, que l'Etat doit respecter (...). Ces conceptions reflètent assurément la forme bourgeoise de la démocratie et de la liberté des citoyens. Or, elles ne sont pas exactes. L'hypothèse de départ est insoutenable. Car le droit n'est pas l'expression de la volonté commune et de l'intérêt général, mais de l'intérêt et de la volonté d'une partie de la société, d'une classe organisée en Etat. Puisqu'il n'existe pas de droit objectif issu de la volonté générale mais seulement un droit de classe, l'Etat, c'est-à-dire la classe organisée en Etat ne peut pas non plus être limitée par son propre droit*"³⁰. Ainsi le concept d'Etat de droit fait-il figure d'idéologie bourgeoise destinée à dissimuler et à renforcer la domination de cette classe³¹. Cette perspective est radicalement externe : l'observateur analyse le concept d'Etat de droit en se plaçant non seulement à l'extérieur de la doctrine qui a élaboré ce concept, mais aussi à l'extérieur du système juridique dont elle constitue un rouage.

Par cette extériorité du point de vue, le chercheur porte son regard, non plus sur la signification du concept, mais sur les différents facteurs qui l'impliquent, soit en amont, soit en aval ; en le ramenant aux causes ou, plus vrai-

30. Lukic (R.), *Théorie de l'Etat et du droit*, 1951, trad. française par M. Gjidara, Paris, Dalloz, 1974, p. 214.

31. Cf. Pasukanis (E.-B.), *La théorie générale du droit et le marxisme*, 1929, trad. française par J.-M. Brohm, Paris, E.D.I., 1970, p. 134 : "*l'Etat juridique est un mirage (...) qui convient fort bien à la bourgeoisie, car il remplace l'idéologie religieuse en décomposition et cache la réalité de la domination de la bourgeoisie aux yeux des masses*".

semblablement, aux finalités qui ont déterminé sa production, le chercheur peut ainsi espérer découvrir les lois générales rendant compte de son apparition, de son évolution, bref, des différents moments de son existence. Or, ce travail explicatif est le propre d'une démarche scientifique³². De plus, comme l'ont montré F. Ost et M. Van de Kerchove, il est "*le seul moment méthodologique, et donc scientifique, du savoir. Il suppose la prise de distance à l'égard de la réalité (...), la «rupture épistémologique» génératrice de l'objectivation du donné étudié*"³³. Cette position libère l'analyse des concepts de doctrine des multiples représentations et valeurs sous-jacentes au système juridique et à la dogmatique ; en rompant le cercle vicieux qui rend l'analyse tributaire de son objet — donc de ses présupposés, de ses mythologies —, elle la fait accéder à un certain degré de scientificité. D'autant que ce point de vue implique l'élaboration d'une théorie, "*sorte de nouvelle vision du monde se traduisant dans des lois générales associées à un lexique spécifique et des règles de traduction ad hoc*"³⁴.

Bien qu'elle semble favoriser la connaissance scientifique des concepts de doctrine, la perspective externe fait cependant l'objet d'une critique essentielle : elle est intrinsèquement réductrice. En effet, de la même manière qu'elle ampute la dimension proprement normative du droit³⁵, elle tend à réduire les concepts à de simples épiphénomènes de circonstances extérieures, d'ordre social, politique ou économique. Or, s'il est vrai que la prise en compte de ces facteurs conditionne l'explication des concepts, encore faut-il qu'elle ne conduise pas à ignorer leur nature juridique et la fonction doctrinale qu'ils remplissent dans le champ du droit³⁶. Comme le montre l'exemple du concept d'Etat de droit, celui-ci ne peut être uniquement considéré comme un des voiles jetés sur les rapports de production propres à la société capitaliste ; c'est à la fois un concept juridique et un paradigme fondateur de la doctrine publiciste, élaboré par des théoriciens du droit qui entretiennent une certaine autonomie tant à l'égard du champ social que des autres branches du savoir juridique. Occulter cette dimension revient à nier la double spécificité d'un tel concept : sa juridicité et sa dimension doctrinale.

32. Cf. Amselek (P.), "Eléments d'une définition de la recherche juridique", *A.P.D.*, t. XXIV, 1979, p. 301 : "*la science du droit proprement dite (...) est la recherche des lois selon lesquelles, dans le flux historique, se produisent les différentes catégories de phénomènes juridiques, de phénomènes humains en relation avec le droit. A partir de la constatation de certaines corrélations, de certaines occurrences dans le cours des événements historiques, elle vise à l'élaboration des formules normatives comparables à celles que construisent toutes les autres sciences, formules du type : «lorsque telles et telles circonstances se réalisent, tel type de phénomène juridique se produit ou peut se produire»*".

33. Ost (F.), Van de Kerchove (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 78.

34. *Eod. loc.*

35. Pour le droit, cf. la critique de Ost (F.), Van de Kerchove (M.), "De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?", art. cité, p. 73.

36. Dans cette perspective, les concepts apparaissent moins comme les instruments de la connaissance juridique ou les vecteurs des débats doctrinaux, que comme des contenus de pensée déterminés par des causes extérieures, ni cognitives, ni doctrinales.

Une question se pose alors : le chercheur peut-il échapper à l'alternative d'une analyse des concepts juridiques dépourvue de scientificité — point de vue interne — et d'une analyse scientifique des concepts dépourvue de juridicité — point de vue externe ?

B) Comprendre et expliquer

Compte tenu des limites inhérentes aux perspectives interne et externe, il semble qu'il faille récuser les termes de cette alternative, à la fois fausse et aporétique : fausse, parce que l'opposition idéal-typique des points de vue ne saurait être considérée comme un principe méthodologique intangible ; aporétique, parce qu'elle fait obstacle à la connaissance scientifique des concepts juridiques. Certains chercheurs, juristes ou sociologues, ont ainsi élaboré des démarches éclectiques, susceptibles d'articuler les deux points de vue afin d'allier leurs vertus cognitives respectives. Si toutes ces démarches convergent vers un but identique (le dépassement de l'opposition idéal-typique de la compréhension et de l'explication), elles peuvent toutefois être envisagées de deux manières distinctes, selon que l'articulation s'effectue à partir d'un point de vue interne ou d'un point de vue externe. Dans le premier cas, le chercheur tente de trouver des éléments d'explication en appréhendant de l'intérieur les concepts de la doctrine ; la recherche vise alors à fournir une sorte de compréhension explicative de ces concepts. Dans le second cas, la démarche est inversée : l'adoption d'un point de vue externe ne vise pas uniquement à expliquer les concepts, mais aussi à comprendre leur définition et leur logique à la fois doctrinale et juridique ; elle constitue une forme d'"*explication compréhensive*"³⁷.

1/ Comprendre en expliquant : vers une compréhension explicative

M. Troper a clairement mis en évidence la nécessité de développer une théorie générale de l'Etat qui, à partir d'un point de vue interne, concilie la compréhension et l'explication : interne, parce que distincte de la science politique et en particulier de la sociologie ; compréhensive, parce qu'elle s'attache avant tout à la signification des concepts ; explicative, parce qu'elle doit malgré tout décrire certains aspects de la production des concepts sur lesquels s'appuie habituellement la théorie générale de l'Etat. Cette nécessité d'une compréhension explicative s'explique par les insuffisances de cette discipline qui, comme le montre la démarche de Carré de Malberg, apparaît moins comme une théorie de l'Etat que comme un ensemble de prescriptions qui participe à la production de l'Etat lui-même³⁸. Or, de la même manière qu'il a été

37. Cette expression est empruntée à Weber (M.), *Essais sur la théorie de la science*, trad. française par J. Freund, Paris, Plon, 1965, rééd. Presses Pocket, 1992, p. 303 et p. 315 (cf. également les remarques du traducteur, note 99, p. 456).

38. Cf. Troper (M.), "Sur la théorie juridique de l'Etat", art. cité, p. 90 : "*elle [la théorie générale de l'Etat] conçoit l'Etat comme l'ensemble des principes ou des concepts qui permettent*

possible de développer, à côté du droit — les normes juridiques — et de la science du droit — les propositions décrivant ces normes—, une théorie générale du droit — les propositions décrivant les propriétés des normes et du système juridique en général—, il doit être possible, selon M. Troper, d'élaborer une théorie générale de l'Etat décrivant les principes qui constituent habituellement l'Etat : *“comme la science du droit, une théorie de l'Etat ne peut être que distincte de son objet. Autrement dit, on doit concevoir, à côté des principes qui forment ce qu'on appelle habituellement la théorie générale de l'Etat et qui ne constituent nullement une véritable théorie, des énoncés sur ces principes. La véritable théorie générale de l'Etat ne peut être qu'une méta-théorie”*³⁹. Elle doit chercher à appréhender les concepts juridiques en s'attachant non seulement à la fonction technique qu'ils remplissent, mais aussi à leur fonction de justification. Cette méta-théorie a *“pour tâche non de pénétrer une quelconque nature de l'Etat ou de produire des justifications, mais de rechercher la relation entre ce système de principes et de concepts et la structure générale du système juridique. La question (étant) (...) d'analyser la spécificité de ce type de discours et de rechercher ce qui le produit”*⁴⁰. C'est ainsi que M. Troper tente, à partir d'une perspective interne, de comprendre les concepts — notamment doctrinaux — ainsi que les principes par lesquels l'Etat est constitué et, simultanément, de les expliquer, de les rapportant soit à leurs finalités, soit à la structure formelle du droit. Bien qu'elle demeure interne, cette démarche s'avère doublement scientifique : non seulement parce qu'elle repose sur la distinction de la méta-théorie et de la théorie de l'Etat, mais aussi parce qu'elle vise à fournir des propositions descriptives (axiologiquement neutres) susceptibles d'expliquer les concepts de la théorie de l'Etat.

L'étude du concept d'Etat de droit en fournit une bonne illustration. M. Troper, s'inscrivant dans la perspective ouverte par Kelsen⁴¹, entreprend une critique interne de ce concept : il ne cherche ni à énoncer les propriétés de l'Etat de droit, ni à décrire un Etat concret qui entrerait dans cette catégorie ;

(suite note 38) *de comprendre en quelle qualité certains personnages exercent une certaine puissance et elle se donne pour tâche non de décrire les principes à l'aide desquels ces personnages justifient en fait leur pouvoir (...) mais de «dégager» les principes les plus aptes à justifier ce pouvoir dans tout Etat, quel qu'il soit. En d'autres termes, elle participe à la production de ces principes, donc de l'Etat. L'Etat n'est pas l'objet, mais le contenu de la théorie générale de l'Etat.*

Ce que Carré de Malberg (...) ne perçoit pas, c'est que si l'Etat n'est pas une réalité mais un concept, une fiction, une institution, un ensemble de normes, alors la simple expression des principes, des valeurs, des représentations qui le composent n'est pas une théorie de l'Etat, parce qu'elle n'est pas un ensemble cohérent de propositions, mais seulement un ensemble de prescriptions”.

39. *Ibid.*, p. 91.

40. *Ibid.*, p. 93. Il s'agit, comme le précisera M. Troper dans une version ultérieure de ce texte *“d'analyser la spécificité de ce type de discours et de tenter de l'expliquer par la forme du droit”*, Troper (M.), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1994, p. 22.

41. Cf. la critique normativiste de l'idéologie de l'Etat de droit développée par H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 175.

il préfère s'interroger sur l'objet auquel il est possible de penser lorsque le syntagme "Etat de droit" est prononcé, et examiner les relations entre ce concept et d'autres. C'est ainsi qu'il en expose les différentes acceptions et souligne non seulement leur incompatibilité, mais aussi leurs contradictions internes⁴². Mais, au-delà, sa démarche aboutit surtout à mettre en évidence la dimension idéologique revêtue par ce concept. L'Etat de droit est généralement associé à la démocratie, aux droits de l'homme, au libéralisme. Or, que l'on désigne par Etat de droit un Etat soumis au droit ou un Etat agissant au moyen du droit, "il est clair que ces deux conceptions ne sont pas également conciliables avec l'idée démocratique ou les droits de l'homme. Surtout, dans la mesure où l'on prétend que l'Etat de droit est une garantie pour la liberté, il faut comprendre comment, dans l'une ou l'autre conception, cette garantie peut être réalisée. En réalité, elle ne peut l'être ni dans l'une ni dans l'autre. L'expression Etat de droit est en effet ou bien une contradiction dans les termes, ou bien une tautologie"⁴³. Dans ces conditions, son utilisation se révèle largement idéologique, puisqu'elle tend à travestir la réalité pour justifier le pouvoir. On constate ainsi que le point de vue interne qui structure cette étude permet aussi de dévoiler la nature mythique et idéologique du concept qu'elle appréhende, sans se départir d'une certaine neutralité axiologique.

Mais cette démarche peut être renversée. C'est ce que préconisent certains chercheurs, animés par une double conviction : premièrement, si le point de vue interne peut permettre une description des discours et des concepts juridiques, il demeure, malgré tout, incapable de fournir de véritables éléments d'explication ; deuxièmement, le point de vue externe, qui est la condition d'une démarche proprement scientifique, doit également pouvoir permettre la compréhension de ces concepts⁴⁴. A la compréhension explicative est ainsi substituée une explication compréhensive.

2/ Expliquer en comprenant : vers une explication compréhensive

Les démarches visant à fournir ce genre d'explication des phénomènes juridiques sont courantes dans les sciences sociales. Le programme de sociologie du droit initié par P. Bourdieu l'illustre bien, puisqu'il fonde une approche qui vise à expliquer les pratiques et les discours juridiques par le fonctionnement du champ du droit. Cette sociologie, qui cherche à dépasser la dialectique de l'interne et de l'externe, présente un double avantage : elle prend pour objet la "« science juridique » telle que la conçoivent les juristes"⁴⁵ et l'explique en la rapportant à la fois aux rapports de force qui structurent le champ juridique et au rôle joué par ce dernier dans le maintien de l'ordre

42. Cf. Troper (M.), "Le concept d'Etat de droit", *Droits*, n°15, 1992, p. 55 et s.

43. *Eod. loc.*

44. Cf. la critique du point de vue positiviste développée par Ost (F.), Van de Kerchove (M.), "De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?", art. cité, p. 75-76.

45. Bourdieu (P.), "La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n°64, 1986, p. 3.

social. Cette démarche peut être appliquée plus spécialement aux concepts de la doctrine juridique ; ils apparaissent alors comme le fruit des différentes luttes symboliques auxquelles se livrent les acteurs du champ doctrinal — et des stratégies concurrentielles qui les sous-tendent⁴⁶.

Mais cette volonté d'élaborer une approche alliant l'explication et la compréhension mobilise également certains théoriciens du droit. C'est le cas notamment de F. Ost et de M. Van de Kerchove, qui suggèrent l'adoption d'un «*point de vue externe modéré*» ou «*point de vue de l'observateur externe qui se réfère au point de vue interne des juristes*»⁴⁷. Par son externalité, cette posture permet au chercheur d'opérer une rupture épistémologique à l'égard de son objet ; elle lui fournit ainsi les bases d'une théorie explicative. Cependant, contrairement aux perspectives radicalement externes, elle ne dissout pas les représentations induites par le système juridique et la doctrine ; car, elle incorpore à son objet, non seulement le point de vue externe que certains théoriciens peuvent adopter, mais aussi et surtout le point de vue interne véhiculé et reproduit par les acteurs du système juridique. En d'autres termes, si l'externalité rend possible l'explication des discours et des concepts juridiques par des phénomènes environnants, la nature «modérée» de la perspective lui permet de ne pas sacrifier leur compréhension interne.

Une fois encore, l'étude du concept d'Etat de droit peut fournir une illustration concrète de ces différentes formes d'explication compréhensive⁴⁸. Il est possible, par exemple, d'expliquer la résurgence de ce concept au début des années quatre-vingts, en rapportant ce phénomène aux évolutions qui s'amorcent dans différents champs sociaux, et en particulier à l'intérieur du champ juridique. Cette résurgence apparaît alors comme le fruit de luttes symboliques, d'ordre à la fois idéologique, politique et juridique, visant à l'appropriation et à la monopolisation de la définition légitime du concept d'Etat de droit. Cette perspective construite autour de la notion de champ n'ignore pas les différentes significations revêtues par le concept d'Etat de droit lors de sa résurgence ; mais ce travail de compréhension est englobé par l'explication du processus de résurgence et des usages du concept d'Etat de droit qui lui donnent corps⁴⁹.

46. Cf. entre autres, François (B.), «Justice constitutionnelle et «démocratie constitutionnelle». Critique du discours constitutionnaliste européen», in *Droit et politique*, Paris, P.U.F.-C.U.R.A.P.P., 1993, p. 53 et s. ; Chevallier (J.), «Les interprètes du droit», in *La doctrine juridique*, Paris, P.U.F.-C.U.R.A.P.P., 1993, not. p. 267 et s.

47. Ost (F.), Van de Kerchove (M.), «De la «bipolarité des erreurs» ou de quelques paradigmes de la science du droit», art. cité, p. 180 ; «De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?», art. cité, p. 73.

48. Cette liste ne saurait être exhaustive, faute d'une recension complète des approches du discours juridique ; un tel travail dépasserait cependant largement le cadre de cet article.

49. Cf. par exemple, Chevallier (J.), «Le discours de l'Etat de droit», *Politiques*, n°6, 1993, p. 19.

Mais ce concept peut aussi être appréhendé à partir de ce que F. Ost et M. Van de Kerchove ont appelé le “*point de vue externe modéré*”. Telle est l’approche que retient, par exemple, J. Chevallier. Après avoir rejeté la possibilité d’une perspective interne, il entreprend de démêler l’écheveau des nombreuses significations que le concept d’Etat de droit a pu revêtir historiquement. Pour cela, il appréhende l’Etat de droit comme “*une construction théorique, une machinerie conceptuelle qui, relevant de l’ordre des représentations, est en tant que telle l’expression d’une certaine réalité socio-politique, tout en exerçant des effets en retour sur cette réalité : il s’agit dans cette perspective, non pas d’apporter une nouvelle pierre à cet édifice, mais d’analyser d’un point de vue réflexif et critique, les différents enjeux de tous ordres (...) sous-jacents à sa production, et d’évaluer son impact sur les équilibres institutionnels à travers la médiation des acteurs politiques*”⁵⁰. Cette démarche engage un point de vue externe cognitif : elle repose sur une rupture épistémologique, attestée par le refus explicite de contribuer au renforcement de la théorie de l’Etat de droit. Toutefois, si cette posture critique souligne le rapport dialectique que cette théorie entretient avec le contexte socio-politique et juridique, elle n’en ignore pas l’originalité foncière ; car elle se réfère en permanence aux constructions de la doctrine juridique et à la logique qui la régit. Cette perspective permet ainsi d’obtenir une réinterprétation globale de la théorie de l’Etat de droit dans laquelle l’explication n’éclipse pas la compréhension.

Ces quelques remarques épistémologiques formulées à l’occasion de l’étude concrète du concept d’Etat de droit ne nous autorisent en aucun cas à prescrire ou à proscrire un point de vue particulier. Elles aspirent simplement à éclairer le choix — auquel tout chercheur est confronté — d’une perspective. D’ailleurs, l’état actuel du développement de l’épistémologie des concepts de doctrine permettrait-il autre chose ? Il nous semble toutefois que, compte tenu des vertus heuristiques qui semblent s’attacher à l’articulation des perspectives interne et externe, et tout particulièrement au point de vue externe modéré, une réflexion méthodologique sur les conditions dans lesquelles elle peut être réalisée soit nécessaire. Cette nécessité est d’autant plus grande que cette articulation accroît le risque de syncrétisme, susceptible d’hypothéquer la validité des conclusions à laquelle elle conduit.

II - LES CONDITIONS MÉTHODOLOGIQUES DE L’ARTICULATION DES PERSPECTIVES

Comme le montre l’étude du concept d’Etat de droit, l’articulation des perspectives interne et externe suppose certains choix de méthode. Ceux-ci doivent, selon nous, permettre de résoudre successivement deux problèmes posés par l’analyse des concepts de doctrine : d’une part, comment appréhen-

50. Chevallier (J.), *L’Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 9.

der la doctrine juridique ? D'autre part, à quelle(s) discipline(s) emprunter les savoirs et les hypothèses mobilisés pour expliquer et comprendre ces concepts ? Là encore, l'ambition n'est pas d'apporter des réponses fermes et définitives à chacune de ces questions, mais, tout au plus, d'avancer quelques propositions suggérées par l'analyse du concept d'Etat de droit.

A) *Appréhender la doctrine juridique*

L'explication scientifique d'un concept de doctrine passe par une analyse de la doctrine elle-même, c'est-à-dire des auteurs qui émettent des opinions sur le droit⁵¹ ; *“les notions juridiques sont des contenus de pensée, des représentations intellectuelles formées par des esprits humains bien particuliers : ceux des théoriciens du droit. (...) C'est donc bien la théorie juridique, en tant qu'elle construit des notions, des représentations intellectuelles et en tant que discours, qu'il faut observer dans le but de discerner des régularités dans ses productions”*⁵². Si une telle analyse semble indispensable, elle pose cependant deux problèmes de méthode étroitement liés : comment concevoir le groupe des auteurs qui constituent la doctrine, et notamment les relations internes qui le structurent ? Comment appréhender les rapports que ce groupe entretient avec son environnement ? Sur ces deux plans, l'étude de la notion d'Etat de droit montre la nécessité d'une méthode susceptible de saisir l'“entre-deux”, cet *“espace complexe (...) marqué par le mouvement et une sorte de «loi de relativité» généralisée, où extrêmes et milieu s'enchevêtrent, où intérieur et extérieur, dedans et dehors s'interpénètrent”*⁵³.

1/ La doctrine juridique entre coopération et conflit

La doctrine est composée de juristes qui, par la publication de leurs opinions sur les phénomènes juridiques, construisent un ensemble explicatif de l'ordre juridique ; elle comprend une doctrine universitaire et, dans la mesure où elle se livre à un travail de science du droit, une doctrine organique⁵⁴. Deux approches de ce groupe sont concevables : l'une met l'accent sur les facteurs qui rapprochent les juristes ; l'autre insiste au contraire sur ce qui les oppose.

51. Sur les différentes acceptions de la doctrine, cf. Cimamonti (S.), in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 103 et s., V° “Doctrine”.

52. Guglielmi (G.-J.), *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 25.

53. Van de Kerchove (M.), Ost (F.), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992, p. 62.

54. Sur ces deux composantes de la doctrine, voir notamment les remarques de Bienvenu (J.-J.), “Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif”, art. cité, p. 155 et s.

La perspective la plus courante, d'inspiration popperienne, fait de la doctrine juridique une "entité"⁵⁵, une "communauté"⁵⁶, bref, un ensemble homogène, dépourvu de contradictions profondes, au sein duquel "chaque thèse individuelle est exprimée et enrichie des réponses aux objections issues des autres"⁵⁷. Une telle communauté est cimentée par les nombreux éléments qui structurent l'éthos du juriste-théoricien : une formation juridique commune, génératrice d'un savoir reposant sur des bases sensiblement identiques⁵⁸, un "idéal scientifique"⁵⁹ commun, un même vocabulaire, ainsi qu'un attachement à certaines méthodes⁶⁰. De la sorte, ces juristes en viennent à partager certaines hypothèses fondamentales ou paradigmes⁶¹ qui, en définissant des problèmes et des méthodes légitimes de pratique scientifique, assurent la stabilité de la communauté. Le concept d'Etat de droit l'illustre bien, dans la mesure où il a pu constituer, à un moment particulier de son histoire, un paradigme qui a contribué à la "cristallisation du champ scientifique du droit public"⁶².

Largement fondée, cette approche unitaire, irénique, ne saurait cependant occulter les contradictions, les rivalités, les polémiques qui travaillent la doctrine⁶³. En effet, une des caractéristiques du groupe formé par les juristes de doctrine est son morcellement ; comme tout groupe scientifique, il est travaillé par des rivalités internes ; celles-ci sont d'autant plus importantes qu'elles se superposent au découpage du savoir juridique en branches distinctes, relativement autonomes⁶⁴. Les analyses qui constituent la dogmatique juridique ont donc souvent pour toile de fond des conflits scolastiques⁶⁵. Là encore, l'exemple du concept d'Etat de droit le montre bien : si ce paradigme a permis aux premiers théoriciens français du droit public de fonder leur discipline et de s'opposer à la souveraineté parlementaire, il a toujours fait l'objet de définitions irréductiblement antagonistes, engageant des épistémologies du droit largement incompatibles.

55. Jestaz (P.), *Le droit*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1992, p. 59.

56. Atias (C.), *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985, p. 13, p. 71 et *passim*.

57. *Ibid.*, p. 145.

58. Atias (C.), *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, p. 94.

59. Husson (L.), *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974, p. 27.

60. Mouly (C.), "A propos d'un manuel d'épistémologie juridique. Pro : une saine vision du droit", *Droits*, n°2, 1985, p. 151.

61. Sur cette notion, cf. Kuhn (T.), *La structure des révolutions scientifiques*, trad. française L. Meyer, Paris, Flammarion, 1983, p. 30.

62. Chevallier (J.), *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 74.

63. Cf. Miaille (M.), *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 257 : "la doctrine serait donc le lieu de toutes les réconciliations, ce qui laisse supposer que les débats et les antagonismes appartiennent à un passé révolu. Il y a de quoi être stupéfait devant une telle occultation des réalités. L'emploi du singulier (« la » doctrine) joue le même rôle que pour l'analyse de « la » société internationale : tout se passe comme s'il n'y avait pas de dissidence, ni opposition".

64. Cf. Virally (M.), "Le phénomène juridique", in *Le droit international en devenir*, Paris, P.U.F., 1990, p. 34 : "le professeur a la sienne [son optique], colorée par les traits spécifiques de la branche qu'il enseigne ou qu'il tient pour plus fondamentale".

65. Sur les clivages constitutifs de la pensée juridique et leur explication, cf. l'analyse de J. Caillosse, *Introduire au droit*, Paris, Montchrestien, 1993, pp. 28-64.

Compte tenu du bien-fondé de chacune de ces deux approches, il semble qu'il convienne d'envisager la doctrine juridique comme un jeu, fait simultanément de coopération et de conflit⁶⁶. Ce postulat méthodologique permet d'éviter deux écueils : l'un serait de considérer la doctrine comme un tout homogène et monolithique dépourvu de conflictualité ; l'autre, comme un ensemble atomisé, sans cohérence interne. Cette approche du groupe des auteurs et des relations internes qui le structurent permet à la fois d'expliquer et de comprendre certains aspects des concepts juridiques, en particulier la multiplicité et la diversité des significations qu'ils revêtent souvent au même moment. Mais l'étude scientifique des concepts réclame aussi que soit éclairée leur relation avec le contexte dans lequel ils sont définis et employés ; celle-ci semble également devoir être appréhendée comme un "entre-deux".

2/ La doctrine juridique entre autonomie et hétéronomie

Il paraît difficile d'analyser les concepts doctrinaux sans tenir compte du contexte dans lequel ils sont utilisés. Cet aspect de l'articulation des perspectives interne et externe suppose la mise en lumière des relations que la doctrine noue et entretient avec son environnement. Or, cela pose certains problèmes méthodologiques. Le chercheur est souvent confronté à l'alternative de l'essentialisme et de l'historicisme⁶⁷ ; elle l'amène à appréhender les concepts juridiques, soit comme des instruments de pensée pérennes, destinés

66. Cf. sur ce point les remarques de Van de Kerchove (M.) et Ost (F.), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, op. cit., p. 139 et p. 203 et s. On pourrait également envisager d'appréhender la doctrine comme un champ (ou un sous-champ ?). Cette notion permet d'insister sur la nature à la fois complémentaire et concurrentielle des relations qui structurent cet espace de positions (cf. la définition qu'en donne P. Bourdieu, "Quelques propriétés des champs", in *Questions de sociologie*, Paris, Minuit, 1984, p. 113 et s.). L'utilisation de cette notion, non pas comme analogie -au sens didactique du terme- mais comme paradigme permettant d'appréhender la doctrine est toutefois contrastée : elle exige un travail de recherche (à la fois historique, social, intellectuel et biographique) sur la connaissance et l'enseignement du droit de grande ampleur, à défaut duquel l'analyse peut revêtir un caractère artificiel (tendance à hypostasier certaines polémiques singulières pour en faire le support d'un système d'opposition global ; absence d'étude des trajectoires biographiques). Pour un exemple d'utilisation féconde de cette notion pour l'étude de la doctrine, cf. Charle (C.), *La République des universitaires. 1870-1940*, Paris, Seuil, 1994, spécialement pp. 243-288 ; cf. également François (B.), *Naissance d'une Constitution. La Cinquième République (1958-1962)*, Paris, Presses de la F.N.S.P., 1996, en particulier le Chapitre III, pp. 93-131 (qui concerne plus directement la doctrine constitutionnaliste). Pour un bon exemple d'utilisation improductive de la notion de champ, cf. Dubois (F.), Enguéluégué (M.), Lefèvre (G.), Loïselle (M.), "La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique", in *Le droit administratif en mutation*, Paris, P.U.F.-C.U.R.A.P.P., 1993, pp. 149-174 : l'impossibilité de réunir l'ensemble des données indispensables à l'étude du champ — des champs, l'absence de pluriel révélant bien les lacunes de cette étude — en question confère à l'utilisation de cette notion un caractère au mieux analogique, au pire anecdotique.

67. L'historien des idées politiques est souvent confronté à cette alternative ; cf. les remarques de Spitz (J.-F.), "Comment lire les textes politiques du passé ? Le programme méthodologique de Quentin Skinner", *Droits*, n°10, 1989, notamment pp. 133-134. C'est également le cas du juriste-théoricien.

à classer des objets intemporels relevant d'une réalité juridique également intemporelle, soit, à l'inverse, comme des outils employés dans certains contextes historiques pour classer des objets juridiques particuliers, tout aussi historiquement déterminés. Dans le premier cas, la doctrine apparaît comme un corps autonome, imperméable aux évolutions extérieures ; ses concepts peuvent alors être étudiés indépendamment de toute considération de temps ou de lieu. Dans le second cas, elle semble au contraire transparente, totalement tributaire du contexte qui l'englobe ; l'étude de ce dernier tient alors lieu d'explication des concepts. Mais la difficulté à saisir la nature des rapports que la doctrine entretient avec son contexte est encore accrue par les spécificités de l'objet sur lequel elle travaille : le droit. Comme l'a démontré O. Beaud, il existe des *"contraintes spécifiques au métier de juriste (...)* [qui] *résident dans l'existence de règles de droit (...)* auxquelles le juriste ne peut se soustraire. (...) le juriste doit rendre compte de ce droit positif dont il ne peut s'écarter aisément, sauf à s'exposer à la réprobation de ses pairs. En quelque sorte, les devoirs de sa profession l'obligent à interpréter le droit positif, qui est le droit en vigueur, et ce serait un déshonneur professionnel que de le nier pour faire prévaloir ses propres opinions, qu'elles soient d'ordre philosophique ou politique"⁶⁸. Ce constat est également valable pour les concepts doctrinaux ou de classification : bien que, selon C. Eisenmann, ils *"ne préexistent pas à l'intervention des juristes"*, ils doivent malgré tout *"satisfaire aux exigences et intérêts de la connaissance scientifique"*⁶⁹ ; or, dans la mesure où le droit est une science normative — au sens kelsénien du terme —, la définition de ces concepts s'avère tributaire des données du droit positif. Comment, dès lors, analyser le rapport entre les œuvres des juristes-théoriciens et le contexte ?

Le recours à la méthode d'interprétation de type intentionnelle mise en œuvre par Q. Skinner dans le domaine de l'histoire des idées politiques semble particulièrement fécond. Selon lui, la fausse alternative de l'essentialisme et de l'historicisme constitue un obstacle à la connaissance des textes. La première démarche, qui postule l'autonomie des œuvres, génère un certain nombre de mythologies ; elles interdisent l'analyse de l'intention qui amène un auteur à dire ce qu'il dit⁷⁰. De même, l'historicisme conduit à ignorer cette intention, dans la mesure où il rapporte le texte à des causes extérieures à l'auteur. D'après Skinner, ce double obstacle peut être surmonté, à condition d'appréhender chaque texte comme un acte linguistique complexe. Selon cette perspective — ouverte par la philosophie analytique du langage — le texte est doté *"non seulement d'une signification (le sens de la phrase utilisée pour accomplir l'acte) mais également d'une force illocutionnaire (équivalente à l'inten-*

68. Beaud (O.), "L'art d'écrire chez un juriste : C. Schmitt", in Herrera (C.-M.) (dir.), *Le droit, le politique. Autour de M. Weber, H Kelsen, C. Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 22.

69. Eisenmann (C.), "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique", art. cité, p. 33-34.

70. Cf. sur ce point Spitz (J.-F.), "Comment lire les textes politiques du passé ?", art. cité, pp. 135-137.

tion que l'auteur a eue en écrivant ce texte, à ce qu'il a voulu dire en disant ce qu'il a dit) dont la saisie est essentielle à la compréhension complète de l'énoncé textuel⁷¹. Ainsi Skinner préconise-t-il, afin de déterminer l'intention guidant l'acte d'énonciation d'un auteur, de se concentrer, non pas sur le texte lui-même, mais sur les conventions dominantes qui régissent l'inter-discours dans lequel celui-ci s'insère⁷². Rapporté à ce contexte de significations⁷³ — et non pas de causes —, le texte se révèle comme un acte de communication destiné soit à réaffirmer les conventions, soit à les subvertir. L'intention de l'auteur qui apparaît ainsi peut alors être vérifiée par l'étude de l'univers intellectuel dans lequel celui-ci évolue⁷⁴. Ces deux étapes de l'analyse peuvent enfin être complétées par une étude des motivations de l'auteur, centrée sur les facteurs sociaux qui les déterminent⁷⁵ ; l'explication devient alors causale, et non plus uniquement intentionnelle.

Ce programme méthodologique paraît pouvoir être appliqué à l'analyse de la doctrine juridique⁷⁶ et de ses concepts ; relativement autonome, elle ne peut faire l'objet ni d'une démarche essentialiste, ni d'une démarche historiciste ; la méthode de type intentionnelle peut alors fournir une troisième voie susceptible d'appréhender cet "entre-deux" de la doctrine — entre autonomie et hétéronomie — et des juristes qui la constituent — entre intention et motivation. Le chercheur souhaitant étudier un concept juridique — comme, par exemple, celui de l'Etat de droit — doit ainsi avant tout s'attacher à dégager les conventions régissant la doctrine⁷⁷ au moment où il est utilisé ; celles-ci, dans lesquelles sont inscrites les contraintes spécifiques qui pèsent sur les écrits doctrinaux, permettent de saisir simultanément les enjeux de l'utilisation d'un tel concept et les intentions de l'auteur (ou des auteurs) qui l'emploie(nt). Cette première explication — de type intentionnelle — peut être éclairée par l'étude plus approfondie de l'ensemble des opinions propres à un (ou plu-

71. *Ibid.*, p. 134 ; cf. également Prévost (J.-G.), *De l'étude des idées politiques*, Québec, Presses de l'Université de Québec, 1995, p. 61.

72. Ces conventions peuvent être définies comme "les règles idéologiques, c'est-à-dire les croyances, les opinions dominantes, en quelque sorte la doxa d'un temps donné sur la fonction sociale d'un objet (...). Il désigne aussi le fonctionnement de cet objet lui-même, ses transformations, ses mouvements qui prennent leur sens à être référés aux relations de pouvoir qui définissent une société donnée". Plon (M.), "Postface" à Skinner (Q.), *Machiavel*, Paris, Seuil, 1989, p. 155-156.

73. Selon Q. Skinner [in Tully (J.) (ed.), *Meaning and context. Quentin Skinner and his Critics*, Princeton University Press, 1988, p. 64], "the «context» mistakenly gets treated as the determinant of what is said. It needs rather to be treated as an ultimate framework for helping to decide, what conventionally recognizable meanings, in a society of that kind, it might in principle have been possible for someone to have intended to communicate".

74. Spitz (J.-F.), "Comment lire les textes politiques du passé ?", art. cité, p. 139.

75. *Ibid.*, p. 142.

76. Cf. Beaud (O.), "Carl Schmitt ou le juriste engagé", Préface à Schmitt (C.), *Théorie de la Constitution*, trad. française par L. Deroche, Paris, P.U.F., 1993, p. 11 et passim.

77. Ou, plus précisément, les conventions régissant le traitement par la doctrine de l'objet auquel le concept correspond. Ainsi, par exemple, pour le concept d'Etat de droit, il s'agira de déterminer les conventions régissant l'étude doctrinale de la limitation juridique de l'Etat.

sieurs) auteur(s). Mais elle doit surtout, selon nous, être complétée par une analyse des facteurs juridiques et socio-politiques susceptibles d'influencer les conceptions doctrinales : la science du droit étant une discipline normative, les règles juridiques produites par la société contribuent largement à déterminer les motivations des auteurs de doctrine. Une telle méthode peut, semble-t-il, permettre d'espérer accéder non seulement à la compréhension des concepts de doctrine, mais aussi à leur explication à la fois intentionnelle et causale.

Ces remarques méthodologiques laissent deviner qu'il est nécessaire d'emprunter à d'autres disciplines qu'à la science du droit — au sens kelsénien du terme⁷⁸ — les savoirs et les hypothèses mobilisés pour expliquer de tels concepts.

B) Articuler différentes disciplines

A partir du moment où il ne s'agit plus seulement de comprendre les concepts de la doctrine, mais aussi de les expliquer en mettant en lumière les différents facteurs qui les conditionnent, il paraît indispensable de recourir à plusieurs disciplines⁷⁹ ; elles peuvent fournir au chercheur un certain nombre de connaissances, empiriques ou théoriques, dont certaines sont susceptibles de soutenir la construction d'hypothèses. Deux questions de méthode se posent cependant : quelles disciplines articuler ? Comment les articuler ?

1/ Les disciplines

Cette nécessité apparaît de manière récurrente dans le champ des études du droit ; certains juristes privilégient l'utilisation combinée de différentes disciplines, dont la philosophie, la sociologie, la science politique ou encore l'histoire, pour expliquer différents aspects de l'ordre ou du système juridique⁸⁰. Ce besoin se fait également ressentir pour l'étude du discours de la doctrine et des concepts qu'elle emploie ; qu'il s'agisse, par exemple, du

78. Rappelons que pour Kelsen, la science du droit a pour objet l'étude des normes positives formant l'ordre juridique ; toute discipline qui s'intéresse aux raisons ou aux facteurs du droit, "aux actes par lesquels ces normes sont créées, à leurs causes et à leurs effets dans la conscience des hommes" relèvent de la sociologie juridique, Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 90. Le positivisme juridique n'interdit pas cette sociologie ; il lui dénie le caractère de science du droit.

79. Etant entendu que les découpages disciplinaires, largement tributaires du système d'enseignement, demeurent assez hétérogènes, fluctuants et sujets à discussions. Cf. par exemple, les remarques de Miaille (M.), "Le droit constitutionnel et les sciences sociales", *R.D.P.*, t. C, 1984, pp. 277-279.

80. Cf. pour les démarches les plus récentes, Miaille (M.), *ibid.*, passim ; Ost (F.), Van de Kerchove (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 69 et s. ; Chevallier (J.), "Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité", in *Droit et politique*, P.U.F.-C.U.R.A.P.P., 1993, pp. 257-261.

concept d'Etat de droit⁸¹ ou de celui d'administration publique⁸², il semble que l'explication soit conditionnée par l'ouverture à d'autres disciplines, comme la sociologie — générale mais aussi de la connaissance —, la philosophie — en particulier la philosophie du droit et la philosophie politique — ou encore l'histoire — sociale, mais aussi politique, institutionnelle et intellectuelle (en particulier l'histoire des idées politiques). Quel que soit le cadre dans lequel elles sont élaborées, ces démarches combinant plusieurs disciplines constituent ce que C. Atias appelle des "*formes vulnérables de connaissance juridique*", dont le statut est moins assuré que "*la forme incontestée*" qu'est "*la science appliquée des décisions*"⁸³. En ce qui concerne l'épistémologie du savoir des juristes — et plus particulièrement des concepts de doctrine — cette vulnérabilité tient à la fois au caractère trop peu solidifié de ce type de recherche et, corrélativement, à la difficulté à déterminer les disciplines qui peuvent être employées pour sa réalisation. A défaut de pouvoir préciser l'ensemble de ces disciplines — la "liste" est largement tributaire de chaque étude empirique et les conclusions difficilement généralisables —, il semble possible de préciser les conditions dans lesquelles elles peuvent être articulées. Peut-être cela contribuera-t-il à atténuer la vulnérabilité de cette forme de connaissance juridique.

2/ L'articulation

Il est possible de distinguer trois formes principales d'articulation des disciplines. D'abord la pluridisciplinarité ; elle consiste à juxtaposer différents savoirs autour d'un objet considéré comme commun ; chaque discipline conserve et développe son point de vue, sa logique, ses particularités. A l'opposé apparaît la transdisciplinarité qui fait disparaître les frontières disciplinaires : elle suppose l'abandon des points de vue propres à chaque discipline ; elle génère la constitution d'un savoir autonome, fondé sur des méthodes spécifiques et visant des objets nouveaux. La troisième voie est celle de l'interdisciplinarité : "*la recherche s'opère à partir du champ théorique d'une des disciplines en présence qui développe des problématiques recoupant partiellement celles qu'élabore, de son côté, l'autre discipline. Il s'agit (...) d'une articulation de savoirs qui entraîne, par approches successives, comme dans un dialogue, des réorganisations partielles des champs théoriques en présence*"⁸⁴. Les deux premières formes de combinaison des savoirs semblent

81. Redor (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1789-1914*, Paris, Economica-P.U.A.M., 1992, spécialement p. 317 et s.

82. Guglielmi (G.-J.), *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*, op. cit., p. 23.

83. Atias (C.), *Epistémologie juridique*, op. cit., respectivement p. 57 et 53. Ces "*formes vulnérables*" sont, selon lui et par degré croissant de vulnérabilité, la science juridique fondamentale — appelée plus couramment théorie générale du droit —, la philosophie du droit et l'épistémologie juridique.

84. Ost (F.), Van de Kerchove (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 71.

faire surgir certaines difficultés insurmontables : la pluridisciplinarité tend à conforter et à solidifier la séparation des savoirs sans permettre de dégager de problématique commune ; inversement, la transdisciplinarité — parfois réclmée pour la connaissance de l'histoire des idées constitutionnelles⁸⁵ —, risque de déboucher sur un brouillage complet de disciplines difficilement assemblables de façon ordonnée⁸⁶. L'interdisciplinarité semble donc la méthode la mieux à même d'articuler différentes disciplines : elle permet à la fois d'assumer leurs histoires respectives et d'instaurer entre elles un véritable dialogue. Ainsi, en repérant dans certains disciplines les éléments susceptibles d'éclairer la connaissance de la doctrine juridique, il paraît possible d'expliquer les concepts qu'elle utilise et, plus généralement, la constitution et le fonctionnement du savoir juridique. Cette méthode "oblige à des remises en cause" qui, tant qu'elles ne dégènèrent pas en "*lutte ouverte, chaque discipline défendant ses frontières contre le risque de l'annexion*"⁸⁷, demeurent bénéfiques pour la connaissance du discours doctrinal.

L'étude d'un concept de doctrine comme celui de l'Etat de droit permet de dégager deux conclusions distinctes. La première concerne la méthode : s'il peut paraître préférable d'appréhender un tel concept en articulant les perspectives interne et externe et en développant une méthode adéquate, il n'en demeure pas moins qu'il est interdit de proscrire toute autre démarche, sous peine de verser dans le dogmatisme. La seconde conclusion est plus générale ; elle souligne la nécessité impérieuse de soumettre les analyses du discours juridique à la polémique de la raison épistémologique. Cela suppose un développement de l'épistémologie juridique, et en particulier de l'épistémologie du savoir des juristes ; autrement dit, que ce supplément d'âme théorique devienne une forme non vulnérable de la connaissance juridique.

85. Cf. Pavia (M.-L.), "Pour une histoire des idées constitutionnelles", *Pouvoirs*, n°60, 1992, p. 170.

86. Voir les critiques de la trans- et de la pluridisciplinarité développées par Ost (F.), Van de Kerchove (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 70-71 et par Miaille (M.), "Le droit constitutionnel et les sciences sociales", art. cité, p. 280-281 et p. 293.

87. Miaille (M.), *ibid.*, p. 282-283.