

La définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique (à propos du syncrétisme méthodologique)

Siméon Patrice Kouam

Volume 55, Number 4, December 2014

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027853ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/1027853ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Kouam, S. P. (2014). La définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique (à propos du syncrétisme méthodologique). *Les Cahiers de droit*, 55(4), 877–922. <https://doi.org/10.7202/1027853ar>

Article abstract

No definition of “jurist” can be found in the usual legal support documents. The main objective of this paper is to show that the contemporary jurist is no longer a classical dogmatist in the Kelsenian sense, but rather a person who is conscious of playing a role in society. The method used in the Pure Theory of Law, simplistic, monolithic and linear, is no longer sufficient to reflect the complexity of the law in a “post-modern” period defined by multiple transformations of the system of legal regulation. The postulate that the science of law remains axiologically neutral has often been criticized, and today is completely outmoded. Throughout the world, the law is progressing because social changes require a constant adaptation of legal rules to match citizens’ aspirations. The ultimate aims of the rule of law have become the tools used to measure the quality of the law. For this reason, the use of a syncretic methodology, a combination of classical and ethical dogmatics, offers an interesting approach in the task of defining the notion of jurist. A jurist, from this perspective, is someone who is axiologically aware as a dogmatist that humanity remains the final horizon for his or her work.

La définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique (à propos du syncrétisme méthodologique)

Siméon Patrice KOUAM*

La recherche d'une définition du juriste dans les supports juridiques usuels est vaine. Par la présente réflexion, l'auteur vise à démontrer que la figure du juriste contemporain n'est plus celle d'un personnage confiné dans une dogmatique classique au sens kelsennien, mais de celui qui a conscience de son rôle dans la société. La méthode exposée par Hans Kelsen dans son ouvrage intitulé Théorie pure du droit, simpliste, monolithique, linéaire, ne peut plus rendre compte à elle seule de la complexité du droit à l'heure de la « postmodernité » dictée par les multiples transformations de la régulation juridique. Le postulat de la neutralité axiologique de la science du droit très souvent décrié est aujourd'hui complètement dépassé. Partout dans le monde, le droit progresse parce que les mutations sociales appellent une adaptation constante des règles juridiques aux aspirations des citoyens. Les finalités de la règle de droit sont ainsi devenues des outils de mesure incontestables de la qualité du droit. C'est pourquoi le recours au syncrétisme méthodologique, combinaison de la dogmatique classique et de la dogmatique éthique, se révèle une sérieuse piste pour celui qui va à la recherche d'une définition du juriste. Dès lors, le juriste est celui qui, axiologiquement, a conscience qu'en sa qualité de dogmaticien il doit admettre que l'humanité demeure l'horizon indépassable de son métier.

* Dr/Ph.D. en droit privé ; enseignant-chercheur, Faculté des sciences juridiques et politiques, Université de Ngaoundéré (Cameroun).

No definition of “jurist” can be found in the usual legal support documents. The main objective of this paper is to show that the contemporary jurist is no longer a classical dogmatist in the Kelsenian sense, but rather a person who is conscious of playing a role in society. The method used in the Pure Theory of Law, simplistic, monolithic and linear, is no longer sufficient to reflect the complexity of the law in a “post-modern” period defined by multiple transformations of the system of legal regulation. The postulate that the science of law remains axiologically neutral has often been criticized, and today is completely outmoded. Throughout the world, the law is progressing because social changes require a constant adaptation of legal rules to match citizens’ aspirations. The ultimate aims of the rule of law have become the tools used to measure the quality of the law. For this reason, the use of a syncretic methodology, a combination of classical and ethical dogmatics, offers an interesting approach in the task of defining the notion of jurist. A jurist, from this perspective, is someone who is axiologically aware as a dogmatist that humanity remains the final horizon for his or her work.

Resulta en vano la búsqueda de una definición del jurista en los fundamentos jurídicos usuales. Esta reflexión tiene como objetivo demostrar que la figura del jurista contemporáneo no es la de un personaje confinado a una dogmática clásica concebida en un sentido kelseniano, sino del que tiene conciencia de su papel en la sociedad. El método de la Teoría pura del derecho que es simplista, monolítico y lineal, no puede rendir cuentas solo de la complejidad del derecho en la era de la «posmodernidad» la cual está dictada por las múltiples transformaciones de la regulación jurídica. El postulado de la neutralidad axiológica de la ciencia del derecho (muchas veces criticado) se encuentra actualmente desfasado. En todo el mundo, el derecho progresa porque las mutaciones sociales exigen una adaptación constante de las reglas jurídicas de acuerdo con las aspiraciones de los ciudadanos. Las finalidades de la regla de derecho se convirtieron en herramientas de medición incontestables de la calidad del derecho. Es por ello que se recurre al sincretismo metodológico, el cual es una combinación de la dogmática clásica y de la dogmática ética; y el cual constituye además una pista trascendental para aquellos que buscan una definición del jurista. Por consiguiente, el jurista

será aquel que axiológicamente tiene consciencia, que en su calidad de dogmático, la Humanidad constituye el horizonte insuperable de su oficio.

	<i>Pages</i>
1 Le juriste de la dogmatique classique	889
1.1 La démarche de la dogmatique classique	890
1.1.1 La description du système juridique	890
1.1.2 L'interprétation des normes juridiques.....	895
1.2 Le langage de la dogmatique classique	898
1.2.1 Le langage du dogmaticien-législateur	899
1.2.2 Le langage du dogmaticien-juge	902
2 Le juriste de la dogmatique éthique	906
2.1 Les données épistémologiques de la dogmatique éthique.....	907
2.1.1 Les critiques de la neutralité axiologique.....	907
2.1.2 Les avantages de la partialité axiologique.....	911
2.2 Les données empiriques de la dogmatique éthique.....	914
2.2.1 La validité tridimensionnelle.....	915
2.2.2 La cohérence philosophique.....	918
Conclusion	921

[L]e juriste supérieur [...] est celui qui a été saisi par la conscience de l'importance éthique de son savoir, [...] d'un savoir devant être résolument mis au service de la dignité de la personne humaine [...] le juriste est l'adepte d'un code méthodologique ; toutefois, tel que nous ne pouvons ne pas le concevoir, il est nécessairement le serviteur d'une éthique humaniste ; pour concilier rigueur méthodologique et impératif humaniste, le juriste doit être le défenseur permanent d'une dogmatique éthique¹.

Alain Didier OLINGA

L'étude du droit a besoin de savants et d'érudits capables de comprendre les enjeux moraux, économiques, politiques et sociaux qui

1. Alain Didier OLINGA, *Qu'est-ce être juriste ? Éléments pour une dogmatique éthique*, Yaoundé, Éditions CLÉ, 2013, p. 30.

donnent sens à la technique juridique². Le rôle ainsi reconnu aux juristes est presque consubstantiel à l'existence du droit : pas de droit sans juristes, pas de juristes sans droit. Cette affirmation, mieux, cette évidence presque banale pour certains, peut-être inutile pour d'autres (parce qu'il est plus facile de s'intéresser à l'objet d'étude qu'à son acteur), cache cependant une préoccupation³ épistémologique⁴ fondamentale, de nature à troubler la « tranquillité des professeurs⁵ » selon l'expression de Jean Rivero⁶. La question, simple *a priori* mais complexe en réalité, consiste à savoir qui est *juriste* et qui ne l'est pas ? « Qu'est-ce qui distingue et identifie ce personnage dans l'univers social⁷ ? » Autrement dit, comment reconnaître un juriste afin de le distinguer du non-juriste ? On pourra même aussi s'interroger avec des auteurs sur les aspects suivants : qui est « grand⁸ » juriste

-
2. Alain SUPIOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, p. 25. Voir également : Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, « Qu'est-ce que la technique juridique ? », D. 2004.711 ; Mario ROTONDI, « Technique du droit, dogmatique et droit comparé », (1968) 20 *R.I.D.C.* 5 ; Paul DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé », D. 1956.73.
 3. Gaston BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Vrin, 1980, p. 13, parlera d'« obstacle épistémologique majeur » ; Stéphane BERNATCHEZ, « Les obstacles épistémologiques de la méthodologie juridique : l'exemple de la théorie de l'imprécision législative », (2011) 52 *C. de D.* 379.
 4. L'épistémologie est une étude critique des principes, des postulats, des méthodes et des résultats de la connaissance du droit. Elle ne se consacre qu'à l'étude des modes de connaissance du droit et est destinée à diriger la pensée juridique, en se dégageant des réalités de la vie et des besoins saisissables pour ne considérer que les notions pures, les ordonner en elles-mêmes, isolément des intérêts concrets qu'elles représentent et parvenir à une construction juridique par les seuls efforts de la pensée : Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 8.
 5. Il en est probablement ainsi parce qu'il n'y a pas de définition « juridique » du juriste, la question de son profil n'étant donc pas fondamentalement une préoccupation immédiate de la communauté des professionnels du droit, mais plutôt des sociologues de la question juridique ou des juristes qui sont ouverts à une approche sociologique du droit. On a alors écrit, non sans raison que, « [d]ans les facultés de droit, à tout le moins dans les contextes universitaires [...], parmi les enseignants, et dans les autres professions dont le travail tourne autour du maniement du droit, la question de l'identité du juriste, des caractéristiques qui permettent de distinguer ce personnage, de le typifier, avant même de savoir qui est "bon" ou "grand" juriste, n'est pas de celles qui obsèdent les analystes » : A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 16.
 6. Jean RIVERO, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », D. 1951.99.
 7. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 14.
 8. Nous empruntons cette expression au professeur Philippe MALAURIE, « Les "grands" juristes », dans *Mélanges en hommage à Roland Drago. L'unité du droit*, Paris, Économica, 1996, p. 79, qui pense que « [l]es "grands" juristes sont ceux du passé [...] ils nous ont tout, ou presque tout, appris. Plus ils sont anciens, [...] et plus grande est la reconnaissance que nous leur devons. » Cependant, nous ne partageons pas ses critères

et qui est «petit» juriste⁹? Plus simplement, il est intéressant de tenter de faire ressortir l'essence, la caractéristique ontologique¹⁰ du juriste. Une corrélation peut alors se dégager entre identité méthodologique, identité ontologique et identité sociale du juriste¹¹. Il reste à la trouver.

«objectifs» de définition du grand juriste. Selon cet auteur, ce sont les critères «qui s'attachent aux signes extérieurs de la "grandeur": la statufication, la rue, l'abondance de la publication, la référence dans les dictionnaires de bibliographie» (p. 84). Nous ne partageons pas non plus ses critères «subjectifs» de définition du grand juriste : «la fonction et les caractères profonds – qualités et défauts – de tous les "grands" juristes ont des constances, que l'on trouve chez leurs successeurs [...], c'est l'éphémère de la gloire qu'ont connue les "grands" juristes. C'est aussi [...] la foi qu'ils ont toujours eue» (p. 85). Pour notre part, nous abondons dans le sens de J.-L. BERGEL, préc., note 4, p. 1 : [Le grand] juriste doit être un chef d'orchestre, apte à maîtriser et [à] coordonner tous les instruments du droit : la solution juridique ne peut provenir du son, parfois discordant, d'une disposition isolée, mais dépend pour sa compréhension, son application et sa mise en œuvre, des principes, des institutions, des concepts et des procédés techniques de l'ordre juridique général. Le [grand] juriste ne peut être ni un simple automate condamné à l'application servile d'une réglementation tatillonne, ni un apprenti-sorcier déchaînant des conséquences désordonnées et imprévues pour avoir ignoré la dépendance et l'insertion de la règle de droit dans son contexte.

9. «Aucun des "grands" juristes, écrit P. MALAURIE, préc., note 8, à la page 89, n'a été positiviste ; aucun n'a estimé que sa mission était de décrire et d'expliquer le droit, que "la loi c'est la loi", un point c'est tout : cette fonction, c'est celle des "petits" juristes et des laborieux, ou pour parler comme Pantagruel des "*cuisiniers*" ou des "*marmiteux*" du droit [...] Le "grand" juriste est celui qui a soif de la justice, l'horreur des injustices et qu'anime le ferment de la foi.» Dans le même sens, voir Alain SUPIOT, «Grandeur et petitesesses des professeurs de droit», (2001) 42 *C. de D.* 595.
10. D'emblée, on s'attaque au kelsennisme qui a élaboré un projet essentiellement épistémologique et non un projet ontologique, en voulant jeter les bases d'une «théorie pure du droit», et non en cherchant, à titre principal, à dévoiler la structure même de la chose «droit» à notre conscience. Pourtant, comme l'écrit Paul AMSELEK, «Ontologie du droit et logique déontique», R.D.P. 1992.1005, dans un cadre plus général, «[l]e fléau majeur qui menace la théorie dans le domaine d'investigation, c'est l'insuffisance de bases ontologiques, l'insuffisance d'élucidation de la structure propre des choses dont on veut parler : le manque de respect à leur identité même – à leur essence – fait inévitablement basculer la théorie vers l'irréalisme, pour ne pas dire les extravagances de pensée et le délire verbal».
11. L'être du juriste et sa manière d'aborder la science du droit seraient liés : identité sociale et identité méthodologique iraient de pair. Le juriste des virtualités, le contemplateur, partisan de l'art pour l'art, aura pour code méthodologique la dogmatique classique. Cependant, le droit est une science sociale : il a une emprise sur le réel. Aussi, celui qui vit dans les réalités matérielles du monde aura pour code méthodologique la dogmatique éthique. Cette dernière est en quelque sorte la *re-découverte* de l'ontologie du juriste. On peut alors comprendre Massimo VOGLIOTTI, «De la pureté à l'hybridation : pour un dépassement de la modernité juridique», (2009) 62 *R.I.E.J.* 107, 122, quand il relève que «nous n'avons jamais été *modernes*». L'expérience juridique comme l'ontologie du juriste a toujours engendré des hybrides et ne pouvait pas faire autrement.

Tous ceux qui se proclament juristes, ou encore prétendent l'être ou l'avoir été, diront sans ambages que *le juriste* est celui qui possède un savoir juridique qu'il met à la disposition de la société dans laquelle il vit, en vue de contribuer à la réalisation de la justice. Dans ce sens, le juriste,

c'est l'ingénieur des normes juridiques, celui qui sait certes comment en dégager la signification et la portée, mais aussi celui qui sait par quels processus ces normes adviennent à l'existence, selon quelles trajectoires ces normes vivent, évoluent, interagissent, somnoient, s'obscurcissent dans l'oubli, vieillissent, se périment, se réveillent, comment éventuellement elles ressuscitent ou sont réactivées. Celui qui a saisi et maintient en éveil la compréhension et la maîtrise de la naissance, de la « composition du droit », de la vie et de la mort des normes juridiques¹².

Avec une telle définition, on pourrait se croire aux confins de l'absolu ; par conséquent, mener une étude sur la définition du juriste devient inutile. Et pourtant !

Si pendant longtemps il y a eu un consensus évident sur la définition du juriste, c'est parce que l'on envisageait l'étude du droit uniquement sous le prisme du dogmatisme classique, c'est-à-dire du kelsennisme¹³. Par la dogmatique juridique classique, il s'agit d'interpréter et de systématiser les normes pour déterminer les solutions qui doivent être appliquées. La dogmatique est donc l'étude savante, raisonnée et construite du droit positif sous l'angle du « devoir être », de la solution souhaitable et applicable¹⁴.

12. Jean MATRINGE, « Sur la composition du droit », R.D.P. 2011.247.

13. Le kelsennisme est la doctrine de la science du droit élaborée par l'Autrichien Hans KELSEN à partir de son ouvrage *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962. En procédant à une réduction épistémologique combinée à une neutralité axiologique, le maître de l'école de Vienne élabore dans cet ouvrage une méthode qui veut aboutir à une connaissance complète et rigoureuse du droit à travers la seule description formelle, verticale, hiérarchique, pyramidale des normes juridiques. La pyramide normative kelsennienne se conçoit et s'interprète comme un mouvement régressif vers une norme qui tire son fondement de la validité d'une norme supérieure, ainsi, chaque norme est création et application envers une autre norme. Pour clore l'édifice, il faut donc trouver une norme première, à force « validifiante ». Kelsen considère que cette norme ne peut pas être posée comme les autres normes, mais supposée comme condition logique d'un ordre positif valide et efficace. Cette norme hypothético-transcendante permet d'apporter un point final à l'ordre juridique, c'est le sommet (invisible) de la pyramide.

14. J.-L. BERGEL, préc., note 4, p. 3 ; Paul AMSELEK, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », (1979) 24 *Ar. philo. dr.* 297, 303, écrit ceci :

[La recherche juridique dogmatique] consiste à envisager les différents instruments juridiques émis par les pouvoirs publics à la manière d'un « dogme » et à tâcher de mettre de l'ordre, de la cohérence à l'intérieur de ce dogme en établissant des corrélations entre les différentes parties qui le constituent, en s'efforçant d'éliminer par un

Aujourd'hui, beaucoup de choses ont changé. Pendant que l'histoire s'accélérait, le droit ou, plus exactement, la science du droit¹⁵ n'est pas restée à la traîne¹⁶. Le développement des droits de la personne, la montée en puissance du juge, la communautarisation des espaces juridiques à l'échelle de la planète... ont été des facteurs déterminants de cette accélération. Dans ce contexte, la figure du juriste ne pouvait demeurer la même. La façon de concevoir le droit ainsi que son étude, pour rendre compte des mutations sociales, devait à coup sûr déteindre sur la définition du juriste à l'époque contemporaine. La définition du juriste, plus fonctionnelle que conceptuelle, on l'aura compris, passe par la redéfinition de la dogmatique juridique. Pour savoir qui est juriste, il faut savoir ce que fait le juriste ou, plus précisément, quelle méthode ce personnage utilise au quotidien pour accomplir sa mission. En quelque sorte, «[i]l s'agit de déterminer ce que la société d'aujourd'hui attend des juristes¹⁷». Le juriste doit-il rester un adepte de la dogmatique classique ou un adepte de la dogmatique éthique? Les métamorphoses du droit au regard des facteurs indiqués plus haut justifient que cette question soit débattue pour le progrès de la science du droit. Très souvent, «les juristes, pour la plupart d'entre eux, ne se préoccupent pas des conditions du progrès de la science du droit entendue comme activité de connaissance; et la réflexion sur les méthodes mises en œuvre est assez rarement approfondie¹⁸». Pourtant, «les progrès de la connaissance du droit [...] pourront être à l'origine de progrès du droit» par un changement fondamental qui sera d'ordre à la fois idéologique et méthodologique¹⁹.

commentaire rationnel des textes les défauts, les diverses contradictions qui peuvent paraître, mais aussi en dénonçant le cas échéant les imperfections irréductibles et en proposant d'autres solutions.

15. Il y a une vieille controverse sur la question de savoir si la connaissance du droit – ou mieux sa compréhension – peut ou doit être l'effet d'une «science du droit» ou d'une «doctrine juridique». Le minimum de consensus est que «les différents sens possibles de chaque concept de “science” ou de “doctrine” et le choix que l'on peut opérer entre eux procèdent directement, en réalité, de la conception que l'on se fait du droit lui-même, en particulier quant à la façon dont on peut le déterminer et quant à la nature de ses sources, de ses fondements ou de son être même»: Étienne PICARD, «“Science du droit” ou “doctrine juridique”», dans *Mélanges en hommage à Roland Drago. L'unité du droit*, préc., note 8, p. 119, à la page 121.
16. René SAVATIER, «Le droit et l'accélération de l'histoire», D. 1951.29.
17. Michel MOREAU, «La formation du juriste contemporain», (1993) 2 *Revue juridique de l'USEK* 75.
18. Christian ATIAS, «Progrès du droit et progrès de la science du droit», *R.T.D. civ.* 1983.692, 695.
19. *Id.*, 698.

Dans une étude récente²⁰, un auteur, en définissant le juriste à partir de la redéfinition de la dogmatique juridique, s'attaque à l'un des problèmes les plus controversés de la science du droit, sa *neutralité axiologique*²¹. Cela remet au goût du jour la constante dialectique entre le droit et l'éthique et surtout la nécessaire régulation du droit par l'éthique²². La science du droit, métier du juriste, doit-elle rester axiologiquement neutre? La dogmatique juridique doit-elle demeurer indifférente quant aux valeurs contenues dans la règle de droit ou aux finalités poursuivies par la règle de droit? La « pureté » méthodologique kelsennienne de la science du droit peut-elle rendre compte de la complexité du droit? À toutes ces questions, l'auteur répond par la négative. Parce que « l'espace du juriste, dans tout contexte, est ainsi balisé entre ce qui est possible et autorisé au plan technique et méthodologique d'une part, et ce qui est utile et édifiant au regard des valeurs de l'ordre social global d'autre part²³ ». Dès lors, « [e]n veillant en permanence à un équilibre intelligent entre ces deux pôles, entre le méthodologiquement correct et le socialement utile et constructif, le juriste assurera la légitimité technique et éthique de son investissement dans le domaine de la connaissance et du social²⁴ ». Il s'agit précisément pour le juriste de procéder à un *syncretisme méthodologique*²⁵, socle d'une construction de la

20. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 9, écrit qu'il s'est toujours demandé « comment faire en sorte que l'argument, séduisant, de la pureté méthodologique ne devienne pas l'alibi commode et le refuge facile de la collusion consciente du juriste avec les forces sociales et politiques dangereuses pour la dignité des hommes, la liberté des peuples, la tolérance et la convivialité interhumaines, la nécessité de soumettre les pouvoirs de toutes sortes au respect du droit ».

21. Kelsen entend construire une science du droit où le juriste doit se borner à connaître son objet sans porter aucun jugement de valeur. Le « juste » et le « bon » n'ont aucune place en droit. Selon le « dogme général du positivisme », le juriste ne doit jamais « discerner le juste », il doit demeurer « neutre ; peu lui importe que [les] textes [qu'il étudie] visent la domination de la race germanique sur le monde, l'élimination des bourgeois, l'épanouissement des libertés, ailleurs la justice » : Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 137 ; Christian ATIAS, « Fonder le droit ? (Simple propos *extra petita* et *obiter dictum* sur les contradictions du positivisme juridique) », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 25, à la page 31 ; Simone GOYARD-FABRE, « L'illusion positiviste », dans *Mélanges Paul Amselek*, p. 357, à la page 374 : « Parce que la doctrine positiviste interdit, dès son principe, toute interrogation fondamentale, elle fait peser sur le droit un lourd soupçon : n'aboutit-elle pas à défier, par l'aridité contradictoire et mortelle de sa volonté scientiste, l'idéalité et les valeurs de l'humanisme ? »

22. Sur les détails relatifs à cette dialectique entre le droit et l'éthique, voir Benoît DUBREUIL, « Réguler l'éthique par le droit », (2011) 21 *Philosophie analytique du droit* 78.

23. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 82.

24. *Id.*, p. 82 et 83.

25. Il s'agit en quelque sorte d'une « méthode générale de la réflexion juridique qui demande, sous peine de perdre de vue la réalité vivante du droit, que l'opposition entre le « normatif » et le « sociologique » soit dépassée dans un terme supérieur, dans une

*pensée juridique complexe*²⁶. Comme l'écrit Paul Amselek, « le droit est une espèce de *technique combinatoire* de par sa finalité même qui transcende chacune des normes qui le composent : il vise à modeler les comportements à l'intérieur d'une population humaine²⁷ ». Cela peut se comprendre, car « la spécificité de la science du droit résulte de son objet [...] Il n'y a aucune raison de se priver par principe de tel ou tel enseignement [...] Des données générales à la solution d'espèce, le chemin est long ; pour parcourir cette distance, aucun repère n'est de trop²⁸. »

Cependant, une telle rupture épistémologique n'est pas toujours évidente.

En effet, la neutralité axiologique de la science du droit, qui s'incarne dans la dogmatique juridique classique ou usuelle par le rejet de tout *syncrétisme des méthodes*, constitue l'un des piliers de la pensée du maître de l'école de Vienne, Hans Kelsen, contenue dans son ouvrage *Théorie pure*

méthode "idéel-réaliste" » : Jacques PREVAULT, « La doctrine juridique de Kelsen », dans *Annales de l'Université de Lyon*, fasc. 27, Paris, Librairie du recueil de Sirey, 1965, p. 47. L'approche *génétique* de l'étude du droit peut bien rendre compte de cette démarche. Sur cette approche, voir, par exemple, Bernard CUBERTAFOND, *La création du droit*, Paris, Ellipses, 1999, p. 7.

26. L'intérêt pour le juriste d'aujourd'hui de recourir à la *pensée juridique complexe* tient au fait que celle-ci semble parfaitement féconde dans l'analyse des mouvements et des transformations que subissent les systèmes juridiques nationaux. Cette pensée renvoie « à la source épistémologique même de la pensée sur la norme : ce n'est qu'en sortant d'une approche épistémologique – sur laquelle repose le droit de facture traditionnelle – qu'on entrera dans l'ère où, le chemin se construisant en marchant, il est possible de penser autrement le droit ». Cette pensée peut conduire à vouloir remplacer l'« épistémologie de la substance » (comme le paradigme pyramidal de Kelsen contenu dans « sa » *Théorie pure du droit*) par l'« épistémologie des relations » (comme le paradigme réseautique de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002). À travers la pensée juridique complexe, l'accent est mis sur les rapports entre les composantes de l'ordre juridique, sur les phénomènes d'interaction et sur la recherche d'une théorie de l'internormativité. Voir Germain NTONO NTSIMI, *Le paradigme du crime contre l'humanité et la renaissance du pluralisme juridique dans les droits pénaux africains. Contribution à une théorie sur l'internormativité des systèmes pénaux africains*, thèse de doctorat, Yaoundé, Université de Yaoundé II, 2012, p. 47. Selon cet auteur (p. 58), l'internormativité réalise soit une communicabilité, soit une interaction ou encore une interpénétration entre les ordres ou les systèmes juridiques différents. Ainsi, une théorie sur l'internormativité au sens juridique correspond à une théorie sur la communicabilité, à une théorie sur l'interaction ou bien à une théorie sur l'interpénétration entre les normes juridiques. Une théorie sur l'internormativité s'inscrit dans une théorie du droit en mouvement.
27. Paul AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », R.D.P. 1978.5, 10 (l'italique est de nous).
28. C. ATIAS, préc., note 18, 699.

du droit, celui-ci élaborant une théorie (« pure ») du droit qui « se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique²⁹. »

En tant que science du droit, la théorie doit se « débarrasser [...] de tous les éléments qui lui sont étrangers³⁰ » comme la « psychologie, sociologie, éthique et théorie politique³¹ » afin que puisse être délimitée « nettement la connaissance du droit de ces autres disciplines ». En effet, « si elle entreprend de délimiter nettement la connaissance du droit de ces autres disciplines, c'est parce qu'elle cherche à éviter un *synchrétisme de méthodes* qui obscurcit l'essence propre de la science du droit³² ». Kelsen défend une approche autonome et spécifique du droit reposant sur un discours descriptif dissocié de la morale et de la justice. C'est la raison pour laquelle « le normativisme apparaît diabolique, car il a la prétention de donner une qualité scientifique au discours juridique [...] L'établissement précis de son objet d'étude, le droit, apparaît comme un péché véniel, le caractère objectif du discours sur cet objet comme un péché capital³³ ». En rejetant toute métaphysique, toute justice transcendante et toute idée de droit naturel³⁴, « le positivisme a conduit les juristes à sacrifier leur âme sur l'autel de la science³⁵ ! »

Toutefois, il est incontestable que, parmi les courants positivistes, les normativistes, même les plus rigoureux, reconnaissent la place qu'occupent les finalités du droit dans le raisonnement juridique, bien qu'ils n'en fassent

29. H. KELSEN, préc., note 13, p. 1.

30. *Id.*

31. *Id.*, p. 2 (l'italique est de nous).

32. *Id.*

33. Xavier MAGNON, « En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? », *R.T.D. civ.* 2009, 269, 272.

34. La science du droit est certes purifiée de toute référence à la morale, à l'éthique ou aux valeurs, mais ces éléments réapparaissent subrepticement dans la pratique du droit. Dans la concrétisation du droit, la critique formulée contre Kelsen, qui propose d'établir un droit pur, et non une théorie pure, trouve tout son sens. Raymond MARTIN, « Aller et retour de Kelsen à Aristote », *R.T.D. civ.* 1997, 387, a même « découvert » dans le raisonnement de Kelsen l'existence du droit naturel : « Mais quelle est cette "origine" de la norme posée, dite norme supposée, si ce n'est ce que d'autres nomment "droit naturel" ? Car la notion de droit naturel, au-delà de ses nombreux avatars, se résume en la proposition que le droit n'est pas tout le droit et qu'au-delà il existe quelque chose qui le fonde. » Certains auteurs pensent que « la redécouverte du droit naturel par tous les juristes est la *condition sine qua non* du progrès du droit, comme du progrès de la science du droit » : C. ATIAS, préc., note 18, 701.

35. X. MAGNON, préc., note 33, 269.

pas un objet d'étude. Il a été relevé que les finalités du droit s'avèrent multiples, et les opinions à cet égard sont si disparates, contradictoires, passionnées ou incertaines que leur cacophonie est déconcertante. Néanmoins, tout ordre juridique traduit les tendances de la constante dialectique entre sécurité, justice et progrès social c'est-à-dire entre la justice et l'utilité³⁶, d'une part, l'individualisme et le collectivisme, d'autre part. C'est pourquoi dans la société africaine³⁷, par exemple, le droit ne prend pas toujours la forme de la règle positive. Il se présente souvent comme un ensemble de normes éthiques fondées essentiellement sur le besoin de justice³⁸. La justice comme l'éthique étant rattachées aux sociétés humaines, le droit y apparaît alors comme un phénomène sociologique³⁹.

Suivant cette logique, on retiendra que le droit est ce qui tient à satisfaire à la fois le juste et le sage, car il se révèle articulation de l'individu et du social⁴⁰. Ainsi, le syncrétisme méthodologique « vise à combiner dans une idée de justice [...] des considérations d'utilité sociale et d'efficacité matérielle⁴¹ ». Il s'agit, en effet, de procéder à une certaine conjonction des théories dont l'appréciation dépend des finalités que l'on reconnaît au droit⁴².

-
36. Sur l'utile et le juste, voir : Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans le droit des contrats », (1981) 26 *Ar. philo. dr.* 35 ; Paul DELVAUX, « L'utile et le juste dans les droits de l'homme révolutionnaires », (1981) 26 *Ar. philo. dr.* 223.
37. Le droit se lira ici plus sous l'étiquette d'un ensemble de mécanismes de régulation sociale que d'un ensemble de règles figées et abstraites. Jacques VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, p. 8 ; Prosper NKOUMVONDO, *Le dualisme juridique en Afrique noire francophone : du droit privé formel au droit privé informel*, thèse de doctorat, Strasbourg, Université Robert Schuman de Strasbourg, 1995 ; Gérard CONAC (dir), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980.
38. François OST, *Le temps du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999, p. 68.
39. Guy Adjété KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Éditions A. Pedone, 1974, p. 77, avait donné dudit phénomène une explication que l'on trouve chez beaucoup d'auteurs africains ou africanistes : c'est l'étroite relation qui existerait entre le droit, la morale et la religion. Selon cet auteur, « [l]es rapports étroits du droit, de la morale et des religions traditionnelles incitent par leurs forces conjuguées les Africains, dans la constante recherche d'un ordre harmonieux entre les hommes conforme aux divers cultes, à ne concevoir le droit que comme un instrument de conciliation ».
40. François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 35 ; Philippe JESTAZ, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux arts. Éléments de métajuridique amusante », *R.T.D. civ.* 1979.480.
41. René DAVID, « Le dépassement du droit et les systèmes juridiques contemporains », (1963) 8 *Ar. philo. dr.* 3, 19.
42. Dans un même ordre d'idées, on peut bien comprendre É. PICARD, préc., note 15, à la page 133, quand il écrit que, « s'il l'on avait certainement besoin d'une théorie pure du droit, on a peut-être plus besoin d'une *théorie totale du droit*, qui prenne en considération toutes ses dimensions à la fois ».

Le véritable juriste serait donc le possesseur d'une connaissance globale du phénomène juridique⁴³. Car, «s'il l'on avait certainement besoin d'une théorie pure du droit, on a peut-être plus encore besoin d'une *théorie totale du droit*, qui prenne en considération toutes ses dimensions à la fois⁴⁴».

L'argument tend alors à démontrer que la définition du juriste est tributaire de la redéfinition de la dogmatique juridique, elle-même découlant de la conception que l'on a du droit. C'est «un peu de débroussaillage dans le domaine de l'épistémologie juridique⁴⁵», qui consiste à «apporter un vent de fraîcheur sur le dogmatisme qui accompagne et qui hypothèque aujourd'hui lourdement ce qu'on appelle communément la "science du droit"⁴⁶». Voici ce que disait Uberto Scarpelli :

Mon but est (si toutefois j'y parviens) d'apporter quelques clarifications aux débats et aux polémiques sur la nature et la fonction du droit, sur les méthodes caractéristiques de la discipline juridique d'aujourd'hui, méthodes qui en font apparaître la crise, elle-même partie intégrante de la profonde crise de la société contemporaine [...] je partage l'expérience morale d'appliquer le droit positif, dans la fidélité aux valeurs de justice, de liberté et d'ordre⁴⁷.

En vue d'atteindre ce but, on peut poser comme base d'analyse que la définition du juriste est fonction de la redéfinition de la dogmatique juridique. C'est à partir de la méthode utilisée par le juriste que l'on pourra reconnaître ce dernier. En un mot, le juriste sera exclusivement (?) celui qui, par sa méthode, transcende la dogmatique classique et embrasse la dogmatique éthique, celui qui utilise le syncrétisme méthodologique. Comme l'écrivent François Ost et Michel van de Kerchove, le «“syncrétisme méthodologique, seul, permet d'accéder à une connaissance totale des phénomènes” [...] l'unité et la diversité doivent alors se retrouver conciliées au sein d'une unitas multiplex, signe par excellence de la complexité⁴⁸».

43. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 23. Dans le même sens, voir M. MOREAU, préc., note 17, 77. Pour cet auteur, la recherche d'une bonne formation du juriste passe par la considération des exigences de l'époque. Les juristes doivent ainsi être attentifs au monde et indifférents aux modes. Le pédagogue manifestant un esprit d'ouverture et un esprit de rigueur doit conserver dans la formation juridique ce qui est essentiel, ce qui est permanent, puis il se doit de préparer l'avenir et, pour cela, de réfléchir à l'évolution du droit. Le futur juriste doit être initié à l'art du juriste ; il doit être introduit à la science du droit.

44. É. PICARD, préc., note 15, à la page 133.

45. Bjarne MELKEVIK, «Un peu de débroussaillage dans le domaine de l'épistémologie juridique», (2011) 52 C. de D. 671, 673.

46. *Id.*, 673.

47. Uberto SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 1.

48. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 26, p. 454 et 456.

Il y aurait ainsi deux types de juristes : ceux qui sont adeptes de la dogmatique classique et hostiles, en principe, au syncrétisme méthodologique (section 1) ; ceux qui sont adeptes de la dogmatique éthique et réceptifs au syncrétisme méthodologique (section 2).

1 Le juriste de la dogmatique classique

La première observation que l'on doit faire, en partant à la recherche de ce qui caractérise l'art du juriste, est que ce dernier n'est pas une personne qui se contente d'ingurgiter de manière massive des connaissances qu'à un moment venu il devra essayer de restituer d'une façon aussi fidèle que possible⁴⁹. L'office du juriste n'est pas un problème de quantité de connaissances, mais un mode d'appréhension des phénomènes, de tournure d'esprit. Former un juriste revient fondamentalement à l'amener à maîtriser des connaissances précises certes, mais cela consiste d'abord à le conduire à s'approprier les instruments d'analyse, les raisonnements, les concepts, les institutions, les méthodes d'interprétation, bref ce qui relève d'abord de la théorie générale du droit, de la technologie dogmatique du droit⁵⁰. Le juriste se caractérise par son raisonnement, l'acquisition d'une démarche de pensée très particulière. L'art du juriste, c'est un raisonnement spécifique et une culture juridique générale⁵¹. Cela voudrait dire que « la seule chose qui importe pour l'étude du droit, c'est une bonne méthode⁵² ».

La démarche méthodologique, « langage commun » des juristes dont parlait Rudolf von Ihering⁵³, bien qu'elle ne soit pas *a priori* systématisée, est pour beaucoup une dialectique éprouvée entre le fait et le droit, entre l'abstrait et le concret. Pour la dogmatique classique, à s'en tenir aux écrits du coryphée de l'école normativiste de Kelsen, la méthode consiste à décrire

49. M. MOREAU, préc., note 17, 77.

50. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 32.

51. M. MOREAU, préc., note 17, 78.

52. A. HACHEMI, « Gaston Jèze, "jurisconsulte" », *R.F.D.A.* 2012.144, cité par A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 31.

53. Rudolf von IHERING, *L'esprit du droit romain*, Paris, 1886, p. 42, cité par A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 24, écrivait en effet ceci :

[L'] éducation juridique [c'est-à-dire l'intuition juridique qui est la pensée abstraite et l'art juridique qui est l'application de cette pensée au cas concret] plane au-dessus du droit national ; elle rallie comme sur un terrain neutre, international, les juristes de toutes les contrées et de toutes les langues. Les objets de leurs connaissances, les institutions et les droits des pays diffèrent, mais la manière de les considérer et de les concevoir est identique ; les vrais juristes de tous les pays et de toutes les époques parlent la même langue.

Cet auteur précise aussi que « la même langue renvoie à la même démarche de mobilisation de ce que l'on peut appeler la raison juridique ».

le système juridique et interpréter les normes de ce dernier dans un langage bien précis. Il convient d'examiner successivement la démarche (1.1) et le langage (1.2) de la dogmatique classique.

1.1 La démarche de la dogmatique classique

La plus grande partie de la *Théorie pure du droit* de Kelsen est consacrée à montrer que la dogmatique juridique est—et doit être—une « science », une science positive à l'égal des sciences de la nature, travaillant comme elles avec une parfaite objectivité sur les réalités qu'elle étudie. Ses activités, uniquement cognitives, serviraient à « décrire » le droit positif, les normes juridiques mises en vigueur par les autorités régulièrement instituées, d'où la distinction tranchée faite entre les normes juridiques et les propositions de droit par lesquelles la science du droit décrit son objet et qui sont présentées comme l'équivalent des lois des sciences de la nature ; ces propositions descriptives peuvent être vraies ou fausses, à la différence des normes juridiques elles-mêmes. Kelsen écrit alors que « la science du droit [...] doit nécessairement, quand elle s'attache à décrire un droit positif, interpréter ses normes⁵⁴ ». C'est pourquoi le code méthodologique de la dogmatique classique normativiste consiste essentiellement à décrire le système juridique (1.1.1) et à interpréter les normes de ce dernier (1.1.2).

1.1.1 La description du système juridique

Élaborer une construction intellectuelle permettant d'expliquer comment est le droit et comment il fonctionne quel que soit le système juridique⁵⁵ visé implique nécessairement d'adopter un discours descriptif sur l'objet observé. Comme le pense très justement Uberto Scarpelli, « le juriste positiviste est-il celui qui a choisi de se placer à l'intérieur d'un système de droit positif unitaire ; la tâche qu'il s'est ainsi volontairement et consciemment imposée—comme une conséquence de son adhésion aux valeurs fondamentales du système—est de travailler sur le droit, afin d'en faire un ordre, c'est-à-dire un système complet et cohérent, de manière à pouvoir l'étudier et l'appliquer fidèlement⁵⁶ ».

Dans ce sens, l'unité, la cohérence et la complétude sont les produits de l'activité du juriste⁵⁷.

54. H. KELSEN, préc., note 13, p. 454.

55. Selon Kelsen, « système juridique » et « ordre juridique » sont synonymes. C'est dans ce sens que nous emploierons ces expressions dans la présente réflexion.

56. U. SCARPELLI, préc., note 47, p. VIII.

57. *Id.*

Selon la logique de Kelsen, la description du système juridique se résume à une représentation hiérarchisée de l'ordre juridique. De la sorte, il revient au juriste de mobiliser les outils de construction de la «pyramide des normes» et de prévoir des mécanismes de sauvegarde de la hiérarchie des normes.

Pour le maître de l'école normativiste, un système juridique (ou ordre juridique) est composé exclusivement d'un ensemble de normes juridiques et d'une norme fondamentale⁵⁸ supposée qui en assure l'unité et la validité⁵⁹. Toutes les normes dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale forment un système de normes, un ordre normatif. La norme fondamentale est la source commune de la validité de toutes les normes qui appartiennent à un seul et même ordre : elle est le fondement commun de leur validité. C'est cette norme fondamentale qui fonde l'unité d'une pluralité de normes, par le fait qu'elle représente le fondement de la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre. La norme fondamentale garantit ainsi à la fois l'appartenance d'une norme à un système et sa validité au sein de ce système.

Seulement, «[l']ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques⁶⁰». Cette vision pyramidale, hiérarchique et linéaire de l'ordre juridique servira de base à la définition de la validité normative, essentiellement formelle, légaliste.

En effet, une norme n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu, c'est-à-dire parce que son contenu peut être déduit par voie de raisonnement logique d'une norme fondamentale supposée : elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon et, plus précisément en dernière analyse, d'une façon qui est déterminée par une norme fondamentale, norme supposée⁶¹. La pyramide normative kelsennienne se conçoit et s'interprète

58. La norme qui constitue le fondement de validité d'une autre norme est par rapport à celle-ci une norme supérieure. Toutefois, il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini, comme la quête de la cause d'un effet. Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême. En tant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit posée. La norme suprême ne peut donc être que supposée. Sa validité ne peut plus être déduite d'une norme supérieure ; le fondement de sa validité ne peut plus faire l'objet d'une question. À l'instar de H. KELSEN, préc., note 13, p. 257, nous appellerons une semblable norme une « norme supposée suprême » : la « norme fondamentale » (*Grundnorm*).

59. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, 1988, p. 33.

60. H. KELSEN, préc., note 13, p. 299.

61. *Id.*, p. 261.

comme un mouvement régressif vers une norme supérieure qui est la source de validité des normes inférieures jusqu'à la norme fondamentale. Chaque norme est création et application envers une autre norme : c'est l'autorégulation du droit. Dès lors, la science du droit n'aura pas à établir des normes juridiques, à prescrire ce qui doit être, mais tout simplement à décrire les normes du système, à désigner les normes valides du système. En résumé, « si une norme est valide pour autant qu'elle est conforme à une norme supérieure, la proposition affirmant l'existence d'une norme juridique, et donc la validité de cette norme, devra reposer sur une autre proposition qui affirmera l'existence et, par conséquent, la validité de cette norme supérieure et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on arrive à la norme fondamentale dont l'existence ne peut pas être affirmée mais simplement présumée⁶² ».

De la thèse de l'autorégulation (ou autoorganisation) du système juridique par sa logique formelle, linéaire, hiérarchique, Kelsen affirme l'absence de « contradiction logique⁶³ » du système juridique et l'absence de lacunes⁶⁴ dans le droit. Pour lui, par exemple, « un conflit de normes représente une absurdité⁶⁵ ». Il ne peut pas exister de conflit, puisque c'est la norme du degré supérieur qui est le fondement de la validité de la norme du degré inférieur. Considérer une norme de degré inférieur comme valable, c'est nécessairement admettre qu'elle répond à la norme de degré supérieur⁶⁶. Ainsi, « les conflits de normes peuvent être et doivent nécessairement être résolus dans le cadre des matériaux normatifs qui lui sont donnés [...] par la voie de l'interprétation⁶⁷ ». Bien plus, le maître de l'école normativiste défend l'idée selon laquelle il n'y a pas — il ne peut y avoir — de lacunes dans le droit, la réglementation juridique est complète par elle-même, quel que soit l'état dans lequel elle se trouve, notamment tout ce qu'elle n'interdit pas est permis. Si l'on prétend qu'elle a des lacunes, c'est tout simplement que l'on voudrait la corriger, introduire des nuances, des adjonctions ou des restrictions qu'elle ne comporte pas. La raison de cette absence de lacunes tient au fait que « le tribunal qui doit statuer sur un cas [lorsque le droit en vigueur ne contient aucune norme générale qui s'y rapporte] devrait nécessairement combler la lacune en créant une norme juridique qui y corresponde⁶⁸ ». On peut donc comprendre que des

62. Jean-Cassien BILLIER et Aglaé MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Éditions Armand Colin, 2001, p. 159.

63. H. KELSEN, préc., note 13, p. 274.

64. Sur le problème de lacunes en droit, voir Chaïm PERELMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968.

65. H. KELSEN, préc., note 13, p. 454.

66. *Id.*, p. 278.

67. *Id.*, p. 274 et 275.

68. *Id.*, p. 329.

mécanismes de sauvegarde de la hiérarchie des normes aient été conçus en vue d'assurer l'unité, la cohérence et la complétude du système juridique.

La présentation pyramidale de l'ordre juridique ramène la validité au respect de la hiérarchie des normes qui apparaît dans cette perspective comme l'instrument le plus pertinent d'appréciation de la légalité de la norme juridique⁶⁹. Étant donné que le droit se construit par degré, de la règle la plus générale à la règle plus particulière, jusqu'à son exécution, des mécanismes de contrôle de la hiérarchie des normes sont nécessaires. La stabilité de la place de la constitution, des traités et des accords internationaux, de la loi et des règlements dans l'ordonnement juridique en dépend⁷⁰. Ces mécanismes ont pour objet d'assurer la conformité des lois avec la constitution, la conformité des lois aux traités et aux accords internationaux ainsi que la conformité des règlements avec les lois. Ce sont ces contrôles qui permettent à la pyramide d'être « toujours debout !⁷¹ »

La conformité des lois avec la constitution se fera à travers le contrôle de constitutionnalité des lois⁷². Techniquement, et d'un point de vue organique, le contrôle de constitutionnalité peut être abstrait ou concret. Il est qualifié de concret ou de diffus lorsqu'il relève de la compétence de n'importe quel juge ordinaire, en remontant éventuellement jusqu'à la juridiction suprême. De la sorte, chaque juridiction peut refuser l'application des lois inconstitutionnelles dans les cas concrets soumis à son examen ou a l'obligation de le faire. On le perçoit très aisément, ce type de contrôle s'effectue généralement *a posteriori*, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur

69. Voir, en ce sens, Dominique Junior ZAMBO ZAMBO, «Le législateur camerounais et la hiérarchie des normes. Réflexions à partir de la loi du 19 avril 2007 fixant le juge de l'exécution», (2011) 8 *R.A.S.J.* 63, 66.

70. Dans de nombreuses facultés de droit, on enseigne encore aux étudiants de première année que les sources formelles du droit sont agencées sous la forme d'une pyramide, les normes juridiques étant pour tout dire hiérarchisées. Par ordre décroissant, on a la constitution, les traités et les accords internationaux, la loi ainsi que les règlements. La place de la jurisprudence et de la doctrine comme sources du droit reste toujours soumise au débat.

71. Michel TROPPER, «La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amssek», *R.D.P.* 1978.1523.

72. Hans KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la constitution», *R.D.P.* 1928.197 ; Michel TROPPER, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle», dans *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1977, p. 135, à la page 147 ; Louis FAVOREU, «Les cent premières annulations prononcées par le Conseil constitutionnel», *R.D.P.* 1987.443 ; Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, «Chronique constitutionnelle française», *Pouvoirs*, vol. 42, 1987, p. 169, à la page 174 ; Rapp. Rubén HERNANDEZ VALLE, «Le contrôle a priori de la constitutionnalité des actes du Parlement au Costa Rica», dans *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public*, Paris, Dalloz, 2004, p. 835.

de la loi. En revanche, le contrôle est concentré ou abstrait lorsqu'un organe unique est attributaire du monopole de la déclaration d'inconstitutionnalité. La caractéristique essentielle est que l'organe en question est très souvent situé hors de la hiérarchie judiciaire, spécialisé qu'il est d'ordinaire dans le contentieux constitutionnel : autrement dit, une juridiction constitutionnelle. L'organe spécialisé peut être saisi par voie d'action (contrôle *a priori*) ou par voie d'exception (contrôle *a posteriori*)⁷³.

La conformité des lois avec les traités et les accords internationaux se fera par le contrôle de conventionnalité des lois. L'intégration des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dans le bloc de constitutionnalité ne saurait les soustraire totalement du régime juridique des conventions internationales. Par exemple, l'abrogation de la constitution ne pourrait valoir dénonciation des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne régulièrement ratifiés par un État. Le principal intérêt d'un contrôle de conventionnalité autonome, distinct du contrôle de constitutionnalité, tient à ce que, dans certains pays, le juge ordinaire ne peut apprécier la constitutionnalité des lois. Le contrôle de conventionnalité serait ainsi « un substitut à l'impossibilité pour le juge d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution, une sorte de remède⁷⁴ ». Le contrôle de conventionnalité permet donc d'assurer effectivement la primauté du traité sur la loi interne ordinaire⁷⁵. Un tel contrôle s'impose en raison même de son importance pour la cohérence et le maintien d'un certain ordre au sein du système juridique⁷⁶.

La conformité des règlements avec la loi (le principe de la légalité) se fera à travers le recours en annulation pour excès de pouvoir et l'exception d'illégalité. Le recours en annulation a pour effet de faire disparaître l'acte réglementaire illégal. Ce recours ne pouvant être porté que devant une juridiction administrative, les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent

73. Adolphe MINKOA SHE, *Droits de l'Homme et droit pénal au Cameroun*, Paris, Economica, 1999, p. 73.

74. Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, Éditions Cujas, p. 173, cité par A. MINKOA SHE, préc., note 73, p. 85.

75. Sur l'ensemble de la question, voir : Adeline GOUTTENOIRE, « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013.63 ; Françoise MONÉGER, « Le Conseil constitutionnel et l'état des personnes », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013.51 ; Pierre MURAT, « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013.19 ; François CHÉNÉDÉ et Pascale DEUMIER, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013.5.

76. D.J. ZAMBO ZAMBO, préc., note 69, 79.

en aucun cas connaître d'un tel recours. Quant à l'exception d'illégalité, elle tend simplement à faire écarter, à l'occasion d'un litige particulier, l'application du règlement illégal. Lorsqu'une telle exception est invoquée, les tribunaux de l'ordre judiciaire doivent, en principe, surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction administrative saisie par les parties ait apprécié la validité du règlement. Toutefois, les tribunaux judiciaires sont parfois compétents pour connaître de cette exception : il en est ainsi de façon générale en matière pénale ; en matière civile, cela se produit seulement lorsqu'il s'agit d'actes réglementaires portant atteinte à la liberté individuelle, à l'inviolabilité du domicile ou au respect du droit de propriété⁷⁷.

1.1.2 L'interprétation des normes juridiques

Si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer ; il se doit également d'interpréter ces normes. L'interprétation est donc un processus intellectuel qui accompagne l'application du droit dans son passage d'un degré supérieur à un degré inférieur.

Abordant le thème de l'interprétation⁷⁸, Kelsen commence par indiquer que, dans toute norme juridique, il y a une certaine indétermination, celle-ci s'avérant nécessaire et irréductible. La réglementation juridique n'est, en définitive, qu'un simple « cadre⁷⁹ » se prêtant à diverses possibilités de sens⁸⁰.

À partir de là, Kelsen trace une grande distinction entre l'interprétation authentique, en quelque sorte officielle, appelée à faire autorité, effectuée

77. François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 254 et 255.

78. Kelsen ne s'est pas particulièrement préoccupé de l'interprétation. Dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, sur un total de près de 500 pages, 11 seulement sont consacrées à l'interprétation, et ce, dans un titre VIII et dernier, sorte d'appendice final qui s'intègre, à vrai dire, plutôt mal au plan général de l'ouvrage et aux sept titres précédents qui se révèlent nettement plus étoffés.

79. Kelsen tend à concevoir l'interprétation des normes juridiques par les organes d'application comme un choix de décisions à prendre par eux, plutôt que comme une détermination du sens à donner à ces normes. Il écrit en effet que « le droit à appliquer représente un simple cadre à l'intérieur duquel il existe plusieurs possibilités d'application, et, ceci étant, tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit le cadre en un sens possible quelconque, est régulier » : H. KELSEN, préc., note 13, p. 457. L'interprétation consisterait pour les organes d'application non pas à déterminer le sens de la norme supérieure à appliquer, mais à préciser le contenu à donner à la norme inférieure à édicter, contenu jamais entièrement déterminé, préfixé, par la norme supérieure.

80. Paul AMSELEK, « L'interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*. Interpretatio non cessat, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 39, à la page 45.

par les organes d'application du droit (c'est-à-dire les organes habilités à édicter des normes juridiques sur la base de normes juridiques supérieures qu'ils sont chargés de mettre en œuvre) et l'interprétation non authentique opérée par ceux qui ont simplement à « obéir » aux normes juridiques, ainsi que par la science du droit qui étudie les normes juridiques⁸¹. De cette distinction, il tire la conclusion selon laquelle la vraie interprétation est l'*interprétation authentique*, qui est une interprétation officielle parce qu'elle crée du droit⁸². Le modèle officiel de la théorie de l'interprétation se trouve ainsi cristallisé autour de l'interprétation authentique.

Interpréter selon cette vue consiste à dégager du texte le sens qu'y a imprimé son auteur, soit le législateur. L'interprétation est « déclarative » et non « constitutive » de sens⁸³. L'« intention du législateur », voilà le but et l'objet de l'interprétation⁸⁴. Dès lors, le « syllogisme judiciaire » se traduit en ces termes : « le juge [...] “est celui qui réalise et réduit en actes les décisions abstraites de la loi ; à partir d'un fait constaté et d'une règle tenue pour étant applicable à ce fait, il tire la conclusion d'un raisonnement et rend, ainsi, son jugement”⁸⁵ ». Le travail du dogmaticien-interprète se résume à l'exégèse⁸⁶, et il ne lui reste plus qu'à recourir aux maximes et

81. *Id.*

82. C'est parce que l'interprétation authentique par les organes d'application est toujours, nécessairement, création du droit que Kelsen, tout en prônant un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois pour faire prévaloir la supériorité de la constitution sur elles, préconisait en même temps de réduire la marge de manœuvre du juge constitutionnel et de lui interdire de contrôler la constitutionnalité des lois par rapport aux déclarations de droits ou aux préambules, trop vagues et imprécis ; il préconisait aussi d'ailleurs l'élection des juges constitutionnels par le Parlement en vue de donner un minimum de légitimité à leur irréductible pouvoir créateur en matière de droit constitutionnel : H. KELSEN, préc., note 72, 197.

83. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 26, p. 386.

84. *Id.*

85. *Id.*, p. 388.

86. L'exégèse peut être soit subjective, soit objective. L'exégèse subjective tend à découvrir la volonté du législateur. Dans cette recherche, l'interprète emploie deux moyens : les travaux préparatoires et la raison d'être de la règle. Pour ce qui est des travaux préparatoires, ils consistent à chercher l'exposé des motifs des projets de loi, les rapports présentés, les procès-verbaux de discussions des commissions et des assemblées qui ont préparé et voté la loi. La raison d'être de la règle est aussi déterminante. Qu'est-ce qu'on visait lorsqu'on édictait la règle ? En vertu de quoi a-t-elle été prise ? En ce qui concerne l'exégèse objective, encore appelée « méthode littérale », cette école s'efforce de dégager l'analyse objective du texte par une analyse grammaticale qui recherche le sens des mots. À notre avis, la vive critique faite à cette école porte beaucoup plus sur cette idée d'exégèse objective. D'après elle, la loi aurait tout prévu et l'analyse des mots peut conduire à la compréhension de la règle. Pour une critique de la méthode exégétique, voir LÉON HUSSON, « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *R.T.D. civ.* 1976.431.

aux modes de raisonnement exégétiques. Cela peut se comprendre, car tout juriste, « grand » ou « petit », est fondamentalement exégète et fonctionne au moins avec les deux éléments méthodologiques de l'exégèse mis en évidence par le professeur Philippe Rémy : « “aller de la règle aux questions”, sorte de “dialogue entre l'interprète et la loi”, d'une part ; “aller de la règle au système”, l'interprète situant la règle dans le système de droit, d'autre part⁸⁷ ».

Relativement aux maximes d'interprétation, il y en existe deux, en dehors de celles qui consistent à affirmer que « l'interprétation cesse lorsqu'un texte est clair » (*interpretatio cessat in claris*)⁸⁸, d'une part, et que « [la] loi cesse là où cessent les motifs » (*cessante ratione legis cessat ejus dispositio*), d'autre part. Cela dit, rappelons simplement ces deux maximes :

- Il est interdit de distinguer là où la loi ne distingue pas (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). L'interprète n'est pas autorisé à écarter l'application d'un texte conçu en termes généraux. Ainsi, l'article 1421 initial du Code civil français interdisait au mari de donner des immeubles de la communauté sans le consentement de sa femme ; on n'était pas autorisé à limiter l'interdiction aux immeubles de grande valeur et à permettre au mari de donner librement des immeubles de faible valeur. De même, l'interprétation de l'article 2276 du Code civil français (« [e]n fait de meuble, la possession vaut titre »), conçue pour les meubles meublants, a été étendue à tous les meubles ;
- Les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales (*generalia specialibus non derogant*).

On suppose que deux règles différentes seront susceptibles, d'après leur teneur, d'être appliquées à un même cas, l'une étant générale et l'autre, une règle spéciale, appliquée à l'un des cas relevant de la règle générale. La règle spéciale devra alors être appliquée.

Cette maxime veut limiter le cadre d'action de l'interprétation puisque c'est en considération de la règle générale qu'a été adoptée la règle spéciale : elle constitue donc un régime spécial, c'est-à-dire un régime d'exception. À l'inverse, on est conduit à considérer que les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales (*specialia generalibus derogant*).

87. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 43.

88. Riom, 21 oct. 1946, D. 1947.jurisprudence.90, note Carbonnier.

S'agissant des raisonnements⁸⁹, au moins trois⁹⁰ grands types d'arguments permettent au juriste de la dogmatique classique d'appréhender les significations possibles des normes juridiques qu'il analyse. L'argument *a simili*, ou analogique, consiste à étendre une règle de droit régissant une situation à des situations semblables. En d'autres termes, il apparaît normal de soumettre aux mêmes règles de droit les rapports qui ne diffèrent que sur des points dont l'existence ne semble pas justifier un traitement différent. L'argument *a fortiori*, ou à plus forte raison, consiste à étendre une règle à un cas non prévu par l'autorité qui l'a édictée lorsque les raisons sur lesquelles elle est fondée se trouvent dans ce cas avec une force accrue. L'argument *a contrario* signifie que, pour une règle subordonnée à des conditions déterminées, on en déduit que la règle inverse est applicable lorsque ces conditions ne sont pas remplies.

De ce qui précède, on convient de ce que la nécessité d'interpréter est un décodage du sens de la norme encodée dans un langage peu accessible au profane.

1.2 Le langage de la dogmatique classique

La linguistique juridique est un outil très important pour le juriste. Elle examine en effet « les signes linguistiques que le droit emploie (disons, pour simplifier, les mots, sous le rapport de leur sens et de leur forme) et les énoncés que le droit produit (disons, par exemple, les phrases et les textes, sous le rapport de leur fonction, de leur structure, de leur style, de leur présentation, etc.)⁹¹ ». Cette science s'intéresse, d'une part, au vocabulaire juridique et, d'autre part, au discours juridique.

Si nous restons dans la logique du dogmatisme classique kelsenien, le type de langage⁹² ici examiné concernera uniquement le législateur et

89. Geoffrey SAMUEL, « Entre les mots et les choses : les raisonnements et les méthodes en tant que sources du droit », (1995) 47 *R.I.D.C.* 509.

90. Pour le syncrétisme méthodologique, on peut citer au moins treize types d'arguments, soit l'argument *a contrario*, l'argument *a simili* ou analogique, l'argument *a fortiori*, l'argument *a completudine*, l'argument *a coherentia*, l'argument psychologique, l'argument historique, l'argument apagogique ou par l'absurde, l'argument téléologique, l'argument économique, l'argument *ab exemplo*, l'argument systématique et l'argument naturaliste : A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 47. Sur les détails de tous ces types d'arguments, voir J.-L. BERGEL, préc., note 4, p. 272-274.

91. Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 1990, p. 13.

92. *Id.*, p. 22 : « le langage du droit n'est ni le langage au sens premier, ni une langue [...] Il n'est cependant pas exclu de parler de langue juridique [...] lorsqu'il s'agit de caractériser la manière dont le langage du droit est mis en œuvre dans un texte, surtout d'en apprécier les qualités littéraires. » C'est dans ce sens que nous emploierons le mot « langage » ici. Sur le langage du droit en général, on peut lire utilement : Stéphane CHATILLON, « Droit

le juge, à l'exclusion des universitaires⁹³, même si «la doctrine constitue [...] un vecteur essentiel de compréhension du texte juridique⁹⁴» et que, «parmi les juristes, il y a au premier rang les universitaires⁹⁵». Deux raisons justifient une telle exclusion. Premièrement, Kelsen ne considère pas l'interprétation des normes juridiques que fait la science du droit à travers les universitaires, parce qu'elle n'est pas «authentique», elle n'est pas créatrice de droit. Par conséquent, l'étude du langage du doctrinaire n'a pas d'importance dans la dogmatique classique. Deuxièmement, il est difficile d'avoir un code linguistique commun à tous les doctrinaires. Chacun y va généralement de son style, l'essentiel étant d'être compris.

L'exclusion des universitaires justifiée, il convient de souligner que, si le langage du droit repose sur un fond commun constitué de termes, de formules ou d'énoncés qui sont couramment employés, il se diversifie néanmoins en fonction des émetteurs ou des locuteurs⁹⁶. C'est pourquoi le langage du dogmaticien-législateur (1.2.1) et le langage du dogmaticien-juge (1.2.2) ne sont pas le même.

1.2.1 Le langage du dogmaticien-législateur

La pureté méthodologique de la dogmatique classique induit chez le législateur un langage spécifique certes tant en ce qui concerne sa technique que pour ce qui est de sa généralité, mais qui, au fond, a la principale caractéristique d'être réservée aux initiés. C'est un langage plein de présupposés⁹⁷. Le législateur s'exprime dans un langage d'architecte. La fabrication de la loi, ou «l'art d'écrire la loi⁹⁸», est un chef-d'œuvre architectural, à l'image des pyramides de l'Égypte ancienne. De la même façon qu'une pyramide se construit par un agencement de pierres taillées sur mesure et

et langue», (2002) 54 *R.I.D.C.* 687; Michel VILLEY (dir.), «Le langage du droit», (1974) 19 *Ar. philo. dr.*; Jean Marc MOUSSERON et Pierre MOUSSERON, «La langue du contrat», dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Dalloz, 1999, p. 219; Jean-Louis SOURIOUX et Pierre LERAT, *Le langage du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1975.

93. Sur le rôle des universitaires dans l'émergence du droit, voir, par exemple, Josette NGUEBOU TOUKAM, «Les universitaires et l'émergence du droit camerounais», (2001) 42 *C. de D.* 527.

94. Émilie DÉAL, «Langue du droit et doctrine: la linguistique juridique au service de l'accessibilité internationalisée des contributions doctrinales», (2004) 34 *R.G.D.* 233, 237.

95. M. MOREAU, préc., note 17, 77.

96. André AKAM AKAM, «Libres propos sur l'adage "nul n'est censé ignorer la loi"», *R.R.J.* 2007.31, 46

97. Pour qui la loi est-elle écrite? Qui est censé la lire? À quel destinataire potentiel le législateur s'adresse-t-il? La loi s'adresse à tous puisque nul n'est censé l'ignorer: Gérard CORNU, «L'art d'écrire la loi», *Pouvoirs*, vol. 107, 2003, p. 5, à la page 7.

98. *Id.*

placées les unes sur les autres, la loi s'écrit de façon hiérarchique, linéaire et logique, article après article. En effet, comme l'observe le doyen Gérard Cornu, « le législateur s'exprime par articulât. Il émet sa pensée, proposition par proposition, pause après pause, et le principe de cette discipline est : une idée, un article⁹⁹ ». Le législateur n'est pas du côté de ceux qui ont l'art d'écrire pour écrire ou qui savent, pour notre plaisir, rédiger n'importe quoi. Il est avec ceux qui ont quelque chose à dire et qui écrivent pour le dire. Les marques de son expression sont la concision et la précision. On a souligné avec raison que, « en législation comme en fait d'adages, l'économie serait tout à la fois le fruit de la sagesse et la loi de l'écriture¹⁰⁰ ». Pour ce faire, le législateur doit « varier le ton populaire et savant, s'élever à des maximes en forme d'adages, renvoyer à la jurisprudence, à la coutume, à la raison, ne dire que l'essentiel au creuset de l'écriture par article¹⁰¹ ». Cette idée se trouvait déjà chez Portalis quand il énonçait que « [l]'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière¹⁰² ». Il s'agit, en effet, pour le législateur, de formuler des règles fixes, impérieuses, catégoriques, qui seront de nature à établir une délimitation certaine des intérêts humains en conflit et à assurer l'ordre nécessaire au développement de la vie sociale. De la sorte, lorsqu'une loi satisfait aux conditions d'abstraction, de généralité, de coercition, de promulgation et de publication, elle entre en vigueur. À partir de cet instant, « nul n'est censé ignorer la loi¹⁰³ ». La maxime traduit l'idée d'une connaissance présumée de la loi par tous ceux qui se trouvent sur un territoire donné. Elle interdit, de ce fait, à quiconque de se retrancher derrière son ignorance de la loi pour échapper à ses conséquences ou à ses effets. Le législateur a la certitude d'être compris par tous les destinataires de la loi¹⁰⁴. L'appréhension matérielle de la loi et sa compréhension intellectuelle ne devraient poser aucun problème pour ces

99. G. CORNU, préc., note 91, p. 284.

100. G. CORNU, préc., note 97, à la page 7.

101. *Id.*, à la page 10. Adde. Dominique GAURIER, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) 31 *R.G.D.* 1.

102. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 26.

103. Pour des études portant sur cette maxime, voir : Georges DEREUX, « Étude critique de l'adage *nul n'est censé ignorer la loi* », *R.T.D. civ.* 1907.513 ; François TERRÉ, « Le rôle actuel de la maxime "nul n'est censé ignorer la loi" », dans *Études de droit contemporain*, Paris, Éditions Cujas, 1966, p. 91 ; Jean CARBONNIER, « La maxime "nul n'est censé ignorer la loi" en droit français », Journées de la Société de législation comparée, 1984, p. 321 ; A. AKAM AKAM, préc., note 96, 31.

104. La loi est comprise ici au sens large.

derniers. L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'est pas dans l'ordre des préoccupations du législateur, puisqu'il est de l'essence de la loi, à travers la maxime *nemo legem ignorare censetur*. Cependant, on a montré depuis longtemps que cet adage tenait à la fois de la présomption et de la fiction. Par conséquent, son sens devait changer à l'époque contemporaine. De l'obligation de connaissance de la loi à la charge du citoyen, la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » se trouve transfigurée, et l'on devrait y voir désormais le fondement *implicite* du droit pour les citoyens à une loi accessible¹⁰⁵ et à une loi intelligible¹⁰⁶. C'est une véritable limite à la liberté langagière du dogmaticien-législateur.

En réalité, « la loi doit être intelligible parce qu'elle doit être accessible¹⁰⁷ ». L'obscurité des lois rend le droit imprévisible, en fait un instrument de l'arbitraire, indulgent envers les habiles et les puissants, impitoyables envers les faibles et les maladroits, une source permanente de conflits¹⁰⁸. Une loi inintelligible est « une mascarade juridique¹⁰⁹ ». Seule la loi claire, simple, limpide, transparente, compréhensible par tous peut être respectée, devenir efficace et assurer ce que l'on peut attendre du droit¹¹⁰. La loi intelligible est celle qui est accessible à un citoyen doté d'une intelligence moyenne¹¹¹.

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹² et du Conseil constitutionnel¹¹³ français ont fait de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi un principe fondamental de droit contemporain, ce qui a permis d'invalider les lois qui ne le respectent pas, et ce, parce qu'elles sont inintelligibles. Ces décisions ont suscité une abondante doctrine, presque toujours approbative¹¹⁴. Il convient donc pour le législateur de simplifier la

105. La doctrine a proposé pour le droit camerounais, par exemple, de publier régulièrement le Journal officiel et d'ouvrir le chantier de la codification. A. AKAM AKAM, préc., note 96, 44 et 45.

106. *Id.*, 35.

107. Marie-Anne FRISON-ROCHE et William BARANÈS, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », D. 2000.361.

108. Philippe MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, vol. 114, 2005, p. 131.

109. *Id.*

110. *Id.*

111. A. AKAM AKAM, préc., note 96, 51.

112. *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, 26 avril 1979.

113. Cons. const. 16 déc. 1999, J.O. 22 déc. 1999.19051.

114. À titre indicatif, voir : M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS, préc., note 107 ; Jean-Manuel LARRALDE, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *L.P.A.* 19 nov. 2002, 11 ; Valérie LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », D. 2002.1157 ; Pierre de MONTALIVET, « La "juridicisation" de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », dans Roland DRAGO (dir), *La confection de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 99 ;

rédaction des textes, d'alléger les dispositifs, de revenir à l'énoncé de principes généraux, le cas échéant, assortis d'exceptions¹¹⁵. Dans son travail, il doit toujours rechercher la clarté et la brièveté, celles-ci étant les deux qualités essentielles de la loi¹¹⁶.

Cette recherche des qualités de la loi peut contribuer à rendre moins hermétique le langage du juge.

1.2.2 Le langage du dogmaticien-juge

L'obligation du juge, on le sait, est de trancher les litiges en appliquant les règles de droit. Pour le faire, il emploie un langage particulier¹¹⁷. Dans la logique de la dogmatique classique, ce langage judiciaire est stéréotypé, fixé à l'avance par le législateur et caractérisé par la contrainte; aucune marge de manœuvre n'est accordée au juge qui n'est que «la bouche de la loi». Il en est ainsi de sa manière de raisonner, ou même de conduire les débats à l'audience jusqu'au prononcé de la décision. Qui observe le juriste au travail peut constater que, le plus généralement, son raisonnement se développe à l'intérieur d'un champ restreint. C'est la garde d'un enfant dont les parents se sont séparés dans telles conditions. C'est la formation d'un contrat particulier de droit privé qui a été troublée de telle façon... Au seuil, il y a donc, d'abord, des distinctions. Elles sont multiples et enchevêtrées. Le droit public se distingue du droit privé, le droit civil du droit commercial, le droit des contrats du droit de la responsabilité délictuelle, le droit du contrat de vente de celui du louage de choses, la formation de l'exécution du contrat... Ces divisions isolent des domaines de pertinence, des unités configurées pour la connaissance. Chacune dessine un cercle à

Bertrand MATHIEU, «La sécurité juridique : un produit d'importation dorénavant "made in France"», D. 2000.point de vue.VII; Rémy LIBCHABER et Nicolas MOLFESSIS, «Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique», *R.T.D. civ.* 2000.186; Hervé MOYSAN, «L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi», A.J.D.A. 2001.428; A. AKAM AKAM, préc., note 96, 31; Stève Thierry BILOUNGA, «La crise de la loi en droit public camerounais», (2013) 1 *Revue africaine de droit et de science politique* 57; Patrick Edgar ABANE ENGOLO, «La notion de qualité du droit», (2013) 1 *Revue africaine de droit et de science politique* 87; Philippe DUBOIS, «L'intelligibilité de la loi», dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Libres propos sur les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 135; Daniel GUTMANN, «L'objectif de simplification du langage législatif», dans Nicolas MOLFESSIS (dir), *Les mots de la loi*, Paris, Economica, 1999, p. 73.

115. Rémy LIBCHABER et Nicolas MOLFESSIS, «Sources du droit en droit interne», *R.T.D. civ.* 2004.155.

116. Pascale DEUMIER, «Les qualités de la loi», *R.T.D. civ.* 2005.93.

117. Cécile ROBIN, «La langue de la Cour de cassation», R.R.J. 2001.515.

l'intérieur duquel la pensée peut se déployer sans craindre de sortir de son propos ou de perdre ses repères et ses fondements¹¹⁸.

Le juge raisonne dès lors dans un langage d'ordre¹¹⁹, de hiérarchie, de distinction¹²⁰, de classification¹²¹ ou de catégorisation¹²², fixé par le législateur¹²³. Comme l'observe à juste titre la doctrine, «c'est une pensée rangée, opérant généralement par boîtiers préfabriqués, que l'on actionne à des fins pratiques commandant *in fine* la solution d'un problème concret¹²⁴». Le juge se contente alors de respecter les cadres préétablis, les «boîtiers existants¹²⁵». Ainsi, «[i]l éprouve une sorte d'insécurité cognitive, et manifeste une suspicion sapientielle, face à toute démarche qui lui demande d'aller au-delà des catégories analytiques clairement établies, de penser autrement¹²⁶». Suivant un même ordre d'idées, le législateur penche en faveur de l'application de normes rigides, de l'utilisation de concepts clairs et de notions précises et dont le sens ne donne pas lieu, *a priori*, à la discussion ou à l'interprétation¹²⁷. Il n'y a pas de place pour les notions «*sui generis*», les notions «standards», les notions «flexibles», «souples», les

118. Christian ATIAS, «Ce que savent les juristes : les états du droit», *R.T.D. civ.* 2013.315.

119. L'ordre est perçu comme une opération nécessaire du raisonnement juridique. L'opération de mise en ordre apparaît comme un procédé destiné à régler les conflits susceptibles d'apparaître entre les objets de l'univers considéré. Par exemple, entre deux normes, le choix d'une hiérarchie permet de prévenir la rencontre, le concours : l'ordre, en ce sens, correspond à un choix d'évitement. Si l'on déclare que la norme supranationale l'emporte sur la règle interne, alors tout ce qui, dans la seconde, contredit la première doit être considéré comme inopérant : Marie-Laure IZORCHE, «L'ordre et le droit», dans *Mélanges Michel Cabrillac*, préc., note 92, p. 731, à la page 734.

120. Marie-Laure IZORCHE, «Réflexions sur la distinction», dans *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 53.

121. Michelle CUMYN, «Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit», (2011) 52 *C. de D.* 351.

122. Margarida GARCIA, «De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et "désubstantialiser" les catégories juridiques», (2011) 52 *C. de D.* 417.

123. La manifestation la plus flagrante du pouvoir du législateur réside sans doute dans le fait que, fréquemment, il impose de respecter un ordre qu'il a déterminé : par exemple, il impose l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage, la règle étant pénalement sanctionnée. De même, il énonce que «la loi règle l'ordre des successions» et interdit que cet ordre soit modifié. On peut y ajouter l'ordre de paiement des créanciers d'un même débiteur. Dans ce cas, les créanciers superprivilegiés et les créanciers privilégiés sont payés prioritairement par rapport aux autres. Pour une utilisation du concept d'ordre comme grille de lecture et de réflexion sur le droit, voir M.-L. IZORCHE, préc., note 119.

124. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 39.

125. *Id.*

126. *Id.*

127. André AKAM AKAM, «La loi et la conscience dans l'office du juge», (2012) 1 *Revue de l'ERSUMA* 501.

notions « cadres », les concepts « mous » ou encore les concepts « vagues » ou « ouverts »¹²⁸.

La qualification juridique, par exemple, est une opération symptomatique du langage judiciaire relativement au raisonnement. Qualifier consiste à coller une étiquette juridique à un fait précis ou à une situation donnée¹²⁹. Dans la dogmatique classique, les catégories et les mots sont connus : un bien ne peut être qu'un meuble ou un immeuble ; un acte ne peut être que sous seing privé ou authentique ; une action en justice ne peut être que personnelle ou réelle ; une infraction ne peut être qu'un crime, un délit ou une contravention ; un enfant ne peut être que légitime, naturel ou adoptif ; un mariage ne peut être que monogamique ou polygamique ; un contrat ne peut être que nommé ou innommé ; un créancier ne peut être que chirographaire ou muni d'une sûreté ; une sûreté ne peut être que réelle ou personnelle ; l'hypothèque ne peut être que conventionnelle ou forcée, etc.

Quant au langage de la conduite des débats à l'audience et de la rédaction d'une décision, mis à part les langues officielles consignées dans la constitution et qui ne sont pas toujours comprises par la majorité de la population, notamment en Afrique¹³⁰, il faut reconnaître qu'il est généralement réservé aux « personnes de l'art », aux initiés. C'est ainsi que l'on peut observer que le langage judiciaire se caractérise par : l'emploi considérable d'expressions latines comme *pretium doloris, lucrum cessans, in limine litis, penitus extranei, fraus omnia corrumpit, in bonis, ultra petita* ; le recours à des locutions surannées ou archaïques telles que « agissant poursuites et diligences de » (représenté par), « jugement querellé ou entrepris » (jugement attaqué ou contesté), « condamne en tous les dépens » (condamne aux dépens) ; l'emploi d'expressions peu intelligibles ou ambiguës comme « attendu que », « le sieur X », « aux torts et griefs »¹³¹.

Ainsi, dans son travail quotidien, le juriste évite le vertige qui pourrait et devrait le saisir à l'occasion d'une question juridique, en raisonnant

128. Sur tous ces concepts, voir Gérard CORNU, « Les définitions dans la loi », dans *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77.

129. Ridha BOUKHARI, « La qualification en droit international privé », (2010) 51 C. de D. 159.

130. La doctrine a décrié le paradoxe de l'emploi de la langue de la minorité de la population pour juger la majorité de celle-ci. Elle fait observer que la plupart des justiciables se trouvent plus spectateurs qu'acteurs de leurs procès, et ce, malgré la présence des traducteurs. Nazam HALAOUI, « La langue de la justice et les constitutions africaines », (2002) 51 *Droit et société* 345 ; Prosper NKOUMVONDO, « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone », (1997) 107 *Revue de droit des pays d'Afrique* 208.

131. A. AKAM AKAM, préc., note 96, 48 ; Brigitte DJUIDJE, « Le statut du juge judiciaire camerounais : un tableau contrasté », (2001) 78 *Revue de droit international et de droit comparé* 276, 291, note 62.

comme s'il disposait de points d'arrêt incontestables, venus de l'extérieur. Il ne reçoit une question comme juridique qu'à condition d'y trouver un renvoi aux dispositions légales et aux notions, aux qualifications, aux principes juridiques consacrés. La question est juridique parce qu'elle va avec le voile derrière lequel se dissimule sa profondeur. Chaque fois, les dispositions, les notions, les qualifications, les principes sont retravaillés, interprétés, nuancés, limités, à l'aune de la raison d'être qui leur est donnée, ou peut l'être. Dans cet exercice, le juriste choisit lui-même le point auquel, compte tenu de sa fonction, de sa culture, de sa formation ou de son objectif, il décide d'arrêter la recherche de la question véritable¹³².

Compte tenu de tout ce qui précède, la définition du juriste selon la dogmatique classique est simple et la démarche dépouillée de toute « impureté ». Cela explique pourquoi c'est un signe d'indiscipline et de prétention chez le jeune apprenant ou le jeune chercheur en droit que le refus de passer par le baptême moultant, par la forge et même par le puissant marqueur identitaire que constitue la dogmatique juridique classique¹³³. Cependant, de nos jours, « l'exclusivité de la méthode dogmatique n'est plus tenable¹³⁴ », « [l]e véritable souci de réalisme conduit donc, en dépit de tous les réductionnismes inspirés par les idéaux de pureté méthodologique, à s'accommoder de ces glissements constants de plan et à en proposer une théorie qui puisse en élucider les logiques sous-jacentes¹³⁵ ».

Les transformations du droit partout au monde amènent les systèmes juridiques de différents pays, comme la France et les États-Unis, à recourir au pluralisme des méthodes¹³⁶. La tendance semble même irréversible. Pour le juriste de la dogmatique classique, il faut donc changer radicalement de perspective analytique, et, sans cesser d'être positiviste « normativiste », intégrer résolument le terrain de la dogmatique éthique¹³⁷.

132. C. ATIAS, préc., note 118, 38.

133. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 58.

134. Gilles GOUBEAUX, « Il était une fois... la doctrine », *R.T.D. civ.* 2004.239, 250.

135. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 26, p. 316.

136. Christophe JAMIN, « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », dans *Mélanges en l'honneur de Michel Troper. L'architecture du droit*, Paris, Economica, 2006, p. 501. Cet auteur écrit que (p. 513) « la pensée juridique aux États-Unis s'est résolument tournée vers un pluralisme des méthodes » et que, en France (p. 516), « [i]l est d'ailleurs possible que la Cour de cassation contribue, du côté du droit privé, à faire évoluer le modèle intellectuel français vers un pluralisme des méthodes ».

137. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 85.

2 Le juriste de la dogmatique éthique

L'humanité doit être l'horizon indépassable du juriste. Ce dernier doit cultiver dans l'exercice de la dogmatique, le sens de l'éthique, par un recours constant à des disciplines telles que la philosophie, l'histoire, l'anthropologie, la sociologie, la culture ou la biologie, bref, mobiliser tous les outils pouvant lui permettre de mieux éclairer et défendre les valeurs poursuivies par la règle de droit dans une société donnée¹³⁸. Il s'agit d'apporter une réponse au problème «le plus fondamental pour la science du droit contemporaine¹³⁹» qui consiste à se demander si le juriste doit être animé d'une éthique humaniste dans l'exercice de son travail. On souligne très souvent qu'il semble que «la définition du métier du juriste soit plus liée à un rapport technique et méthodologique au droit qu'à un rapport axiologique [...] le droit [...] ne serait pas en tant que tel axiologiquement marqué : il serait neutre. Le droit n'aurait pas pour ontologie la droiture morale, ce qui est "droit", bon, juste¹⁴⁰.» En ce sens, la question du rapport entre méthodologie juridique et éthique se résout par l'exclusion de l'éthique au nom d'une prétendue neutralité axiologique. Pourtant, «il se trouve que le droit interpelle davantage la conscience que la science, parce qu'en cette période de crise du droit, plus fondamentale qu'à l'ordinaire, il a besoin de déterminer ses valeurs, il appelle une remise en ordre, une reconstruction de sens [...] il a besoin de repères, de balises et de phares¹⁴¹». Dès lors, celui qui aborde le droit au travers de la dogmatique, avec une axiologie, est un «bon juriste», un juriste «véritable», un juriste complet¹⁴². Le métier

138. X. MAGNON, préc., note 33, 279, avait pensé à une pluralité de vues sur le droit quand il recommandait à juste titre ce qui suit : «Le regard du juriste sur le droit sous l'angle sociologique, philosophique ou économique, est d'autant plus nécessaire que seul le juriste est en mesure de pouvoir le porter avec la conscience de la spécificité de son objet.» Dans le même sens, B. CUBERTAFOND, préc., note 25, p. 6, écrit ceci (l'italique est de nous) :

Droit construit et droit donné, droit «pur» et droit «impur» car déterminé par l'histoire, l'économie, la sociologie, le droit naturel, et envahi, pollué peut-être par les historiens, les sociologues et autres intrus. Droit au sens strict et droit au sens large. Le débat est vif mais sans doute artificiel car, plus ou moins, tous les juristes, théoriciens et plus encore praticiens, ont besoin des *deux approches*.

A. SUPLOT, préc., note 9, 614, précise que : «[l]e droit, sauf à cesser d'être le droit, remplit une fonction anthropologique : il sert à instituer l'être humain en tant que personne. Que les juristes universitaires en soient ou non conscients, leur travail ne peut échapper à cet impératif.»

139. Michel VIRALLY, «Le juriste et la science du droit (à propos de la traduction de la "Théorie pure du droit")», R.D.P. 1964.591, 605.

140. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 61.

141. É. PICARD, préc., note 15, aux pages 170 et 171.

142. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 61.

du juriste en tant qu'œuvre sociale est caractérisé ontologiquement par l'adhésion à un code de valeurs, à un engagement idéologique. Cela se comprend aisément, car l'éthique est la science de la morale et des mœurs. C'est une discipline philosophique qui réfléchit sur les finalités, sur les valeurs de l'existence et sur la notion de « bien ». Étymologiquement, le mot « éthique » est un synonyme d'origine grecque de « morale ». Toutefois, contrairement à la morale *stricto sensu*, qui est un ensemble de règles ou de lois ayant un caractère universel, irréductible, voire éternel, l'éthique s'attache aux valeurs et se détermine de manière relative dans le temps et dans l'espace, en fonction de la communauté humaine à laquelle elle s'intéresse. Dans le champ juridique, la traditionnelle dichotomie qui existe en philosophie entre éthique théorique et éthique appliquée est diluée parce que le juriste cumule les deux espèces tant dans l'élaboration que dans l'application de la règle de droit¹⁴³.

Ainsi compris, le discours sur la dogmatique éthique nécessite de présenter ses données épistémologiques (2.1) et ses données empiriques (2.2).

2.1 Les données épistémologiques de la dogmatique éthique

La dogmatique éthique, emblème du syncrétisme ou pluralisme méthodologique, est la traduction contemporaine de l'ensemble des outils mobilisables dans l'étude du droit, toujours en perpétuelle transformation. C'est l'outil par excellence de la pensée juridique complexe qui rompt avec le monolithisme presque « théologique¹⁴⁴ » présenté dans l'ouvrage de Kelsen, *Théorie pure du droit*. Cette rupture épistémologique est rendue nécessaire par les avantages reconnus à la partialité axiologique (2.1.2) après les multiples critiques de la neutralité axiologique (2.1.1).

2.1.1 Les critiques de la neutralité axiologique

La neutralité axiologique de la science du droit signifie que le juriste dans sa démarche de dogmaticien ne doit pas s'intéresser aux valeurs

143. Il y aurait, dans l'éthique, deux types d'activités et de recherche différents : d'un côté, un souci des fondements, des principes de toute action morale, une pensée théorique orientée vers la pure théorie, sans souci direct des applications ; et, de l'autre, une activité orientée vers ces applications, s'appuyant sur les fondements théoriques acceptés par un acte de foi afin d'élaborer des dispositifs pratiques, des actes de procédures, permettant de résoudre les problèmes qui se présentent dans la vie.

144. Le mot est de C. JAMIN, préc., note 136, aux pages 516 et 517. Devant l'évolution du droit et des techniques juridiques, il écrit que « [c]e serait peut-être un bon moyen d'entrer dans le XXI^e siècle que d'abandonner une conception somme toute *théologique* du droit » ; même s'il reconnaît sans pessimisme que « la pratique théologique [du droit] ne s'abandonne pas du jour au lendemain » (l'italique est de nous).

contenues ou défendues par la norme juridique, qu'il ne doit pas porter intérêt aux finalités du droit, qu'il ne doit pas chercher à savoir si une règle de droit est bonne ou mauvaise, mais simplement se rassurer qu'une norme est créée en conformité avec la norme supérieure¹⁴⁵. Dans son ouvrage intitulé *Théorie pure du droit*, Kelsen induit ainsi pour l'essentiel une approche formaliste¹⁴⁶ du droit, approche qui évite au juriste de se mêler des questions de fond et de substance des normes pour s'en tenir aux questions de forme, de technique¹⁴⁷. La réflexion juridique qui en découle est amputée d'une part importante de l'analyse du droit : son application, sa pratique¹⁴⁸. En séparant les normes de leur contenu, en leur reconnaissant une existence juridique indépendamment de tout jugement de valeur, elle conduit à « déta-

145. C'est pourquoi, selon H. KELSEN, préc., note 13, p. 355 et 356, « en vérité, l'idée d'une "norme contraire aux normes" représente une contradiction *in adjecto* ; une norme juridique dont on pourrait affirmer qu'elle n'est pas conforme à la norme qui règle sa création ne pourrait pas être considérée comme une norme valable ; elle serait nulle, autrement dit : elle ne serait du tout une norme juridique ».

146. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 66, ne partage pas une telle conception des choses. Il écrit en effet ceci :

[Si] l'on peut avoir besoin d'une approche formaliste du droit pour favoriser et garantir la cohabitation dans une société libérale et plurielle, de divers courants politiques et de diverses sensibilités morales ou religieuses, il reste que la trame substantielle du droit d'une telle société est de toujours préserver un espace de convivialité et d'échange. En d'autres termes, en aménageant la cohabitation de la diversité, le droit de la société libérale assume la liberté, le pluralisme et la tolérance comme *valeurs*, au sens matériel du terme. Au fond, c'est la notion même d'un *droit formel*, sans substance particulière rattachable à des valeurs particulières, qui doit être considérée comme une vue de l'esprit et remise en cause.

Dans le même sens, Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La rhétorique juridique », *Hermès*, n° 16, 1995, p. 73, aux pages 73 et 74, observe que, « par la logique formelle, le juriste ne dispose ni de la règle de droit, qui lui est fournie en majeure par le système juridique, ni des faits, qui lui sont donnés en mineure par les parties qui en font état et en prouvent la véracité, ni de la solution découlant univoquement du raisonnement de la logique formelle ».

147. É. PICARD, préc., note 15, à la page 134, s'interroge avec amertume :

Si telle doit être l'implication de la science du droit, peut-on réellement l'accepter sans l'ombre d'un état d'âme, et sans être traversé, ne serait-ce qu'un instant, par la question de la responsabilité d'une conception aussi réductrice du droit ? Si féconde et si utile qu'elle soit par ailleurs, cette science sans conscience n'en vient-elle pas à confondre les notions les plus essentielles et les plus claires, le droit et le fait, l'obligation et la coercition, la force et la violence, le juste et le légal ?

148. Pourtant, voici ce qu'a relevé X. MAGNON, préc., note 33, 275 :

Le point de départ de toute construction théorique repose sur l'observation d'une réalité qu'il s'agit de décrire. La réalité juridique, c'est-à-dire le droit tel qu'il existe, tel qu'il est posé, en tant qu'ensemble de normes juridiques, constitue l'objet observé. La pertinence d'une théorie du droit se mesure d'ailleurs à l'adéquation existant entre l'objet réel observé et la construction réalisée à partir de cet objet pour l'expliquer.

cher le droit de la société nourricière¹⁴⁹ » et s'installe, en définitive, « à côté du droit » et du raisonnement juridique¹⁵⁰.

Cette présentation « caricaturale¹⁵¹ » de la science du droit dans la doctrine normativiste « conduit au *fétichisme* de la règle¹⁵² » et cantonne finalement les juristes dans un rôle de rempart « contre les sollicitations du réel » ou d'étendard « pour défendre le droit au ronronnement intellectuel¹⁵³ ». Sous l'influence même de ses présupposés méthodologiques et ontologiques relatifs au droit, cette notion de science du droit a tellement absolutisé le dogme selon lequel le droit serait, par essence, positif, qu'elle a en quelque sorte négligé et nié la part des sources extralégales du droit, qu'elle tient pour des origines extrajuridiques. Elle s'est en quelque sorte enfermée dans son piège et a feint d'ignorer que la réalité spécifique du droit est d'être une activité autant spéculative que normative, autant rationnelle et axiologique que pratique et prescriptive¹⁵⁴. En réalité, « le

Dans le même sens, voir É. PICARD, préc., note 15, à la page 129 :

[Le kelsennisme n'intègre pas] une donnée spécifique aux sciences humaines, et surtout au droit, en tant que science ou en tant qu'objet de connaissance : la particularité de toutes les sciences humaines, par rapport aux sciences de la nature, réside en cela qu'elles ne se contentent pas simplement d'observer leurs propres objets, mais bien de les constituer en fonction de leurs référents particuliers, à partir d'une réalité qui leur est effectivement extérieure, mais en partie seulement, car elles y mêlent une vision et une compréhension du monde qu'elles reflètent.

Il ajoute plus loin (à la page 132) que la théorie pure du droit n'a saisi que « la mécanique normative, sans en rechercher les processus antérieurs et ultérieurs ou parallèles qui, pour elle, relèvent également de la simple « politique juridique » ou de la « pratique juridique », et qui, en tant que tels, ne sont pas normatifs ni même strictement juridiques ».

149. Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 41.
150. Pascal PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. civ.* 2001.749 ; Christian ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 43. Voir dans le même sens : Charles PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 68 et 69 ; François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2000, n^o 28, p. 33 ; Georges VEDEL, « Aspects généraux et théoriques », dans *Mélanges en hommage à Roland Drago. L'unité du droit*, préc., note 8, p. 1, à la page 4, qui observe que « [l]e malheur est [...] que cette logique normative, souveraine dans son champ, n'épuise pas l'objet que l'on appelle "droit" » ; M. VILLEY, préc., note 21, p. 137, qui souligne que « [j]amais on n'a poussé si loin l'indifférence aux fins du droit ».
151. X. MAGNON, préc., note 33.
152. Jacques CHEVALIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.* 1998.659, 668.
153. Jean-Guy BELLEY, « Les juristes universitaires francophones et les progrès de la justice au Québec », (2001) 42 *C. de D.* 570, cité par A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 67.
154. É. PICARD, préc., note 15.

souci de fonder une science juridique pure rabougri considérablement, et inutilement, l'office du juriste, et en particulier du juriste savant¹⁵⁵».

On se demande comment le maître autrichien a pu élaborer une théorie axiologiquement neutre après avoir reconnu dans des travaux¹⁵⁶ antérieurs l'importance des valeurs et des finalités qui sous-tendent les normes et les techniques juridiques¹⁵⁷. Sans doute cela relevait d'un tour de passe-passe pour mieux «purifier¹⁵⁸» la doctrine de l'étude du droit qu'il construisait.

Cependant, une certitude se dégage, c'est qu'«il est impossible de rendre compte entièrement du droit en le considérant uniquement pour lui-même, dans sa pure positivité, sans tenir compte de ses conditions de possibilité que sont la politique et la morale¹⁵⁹». Parce que, «[l]a science du droit ne saurait en effet se désintéresser des processus sociaux et politiques de production et d'application du droit, sauf à sombrer dans un formalisme desséchant, ignorant tout des enjeux dont la norme juridique est porteuse¹⁶⁰». C'est dire que la dogmatique nourrie à la sève de la théorie pure du droit ne peut se justifier, et défendre un droit à sa légitimité, que dans une société devenue pleinement et définitivement un État de droit

155. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 64.

156. Voir, par exemple, H. KELSEN, préc., note 72, 197-257. Dans ce texte, comme le rapporte A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 71, à sa note 120, Kelsen expose clairement les valeurs et les finalités qui sous-tendent ses propositions d'affinement du contrôle de constitutionnalité. Voici quelques morceaux choisis : «la justice constitutionnelle doit nécessairement servir, dans les démocraties parlementaires, à la protection des minorités» (p. 247) ; «toute minorité – de classe nationale ou religieuse – dont les intérêts sont protégés d'une façon quelconque par la Constitution a donc un intérêt éminent à la constitutionnalité des lois» (p. 253) ; la justice constitutionnelle «s'affirme, en dernière analyse, comme une garantie de paix politique dans l'État» (p. 257).

157. Charles BOURTHOMIEUX, «Une critique allemande du positivisme juridique», (1951) 3 *R.I.D.C.* 81. *Contra* : Fabien GOUTTEFARDE, «Positivisme juridique et modernité», (2007) 37 *R.G.D.* 7.

158. P. AMSELEK, préc., note 27, 5 et 6, estime que Kelsen n'y est pas parvenu. Il écrit ce qui suit :

[En] dépit de ses professions de foi et de sa démarche positivistes, Kelsen n'a pas su s'affranchir de certaines séquelles insidieuses du droit naturel, de certaines manières de penser jusnaturalistes séculaires, et plus précisément du problème moral et [...] du *fondement du devoir d'obéissance au droit* [...] Pour s'être laissé encombrer par ce problème, qui est un faux problème dans une perspective strictement positiviste et a-moraliste, pour avoir tenté précisément de le résoudre en pur positiviste, Kelsen a été amené à une vision très vaporeuse, très ésotérique, de l'ordre juridique – pyramide de normes soutenue par une norme fondamentale hypothétique.

159. Julien FREUND, «Droit et politique. Essai de définition du droit», (1971) 16 *Ar. philo. dr.* 15, 31.

160. Jacques CHEVALIER, «Doctrine juridique et science juridique», (2002) 50 *Droit et société* 103, 112.

libéral, démocratique, constitutionnel, social, bref une société parfaite, un paradis sur terre¹⁶¹. Une telle utopie explique pourquoi le doyen Georges Ripert, au milieu du xx^e siècle, invitait déjà le juriste à sortir de la « zone glacée d'un droit pur » pour rechercher « les véritables motifs de la règle, les intérêts qu'elle satisfait, les passions qui l'inspirent, la résistance qui s'est manifestée, la lutte qu'il a fallu soutenir¹⁶² ». L'éminent auteur prônait ainsi la partialité axiologique.

2.1.2 Les avantages de la partialité axiologique

La science du droit prétend à une impartialité certaine dans l'exercice de sa fonction cognitive du droit. Cependant, comment ne pas prendre parti en droit, alors que le droit, dans sa détermination vivante, s'est toujours entièrement construit à partir des conflits, des controverses, des argumentations sur le fond du droit ? Le droit n'a progressé que parce que ceux qui l'élaboraient en l'interprétant ou le déterminant y ont introduit leur propre conception du juste, de l'opportun ou du convenable¹⁶³. Il semble évident qu'il n'y a pas d'investissement dans le travail juridique savant sans choix éthique, axiologique, moral. Aucun juriste, dans le cheminement de sa carrière, n'échappe à l'interrogation de la place des considérations jugées *a priori* « extrajuridiques » dans l'accomplissement de sa tâche : qu'il les assume ou qu'il les rejette, il fait un choix qui n'est pas uniquement méthodologique ou épistémologique, mais bel et bien axiologique¹⁶⁴.

Ainsi, « [l]e juriste ne peut se dérober à l'obligation de prendre parti sur le fait qui a provoqué ou provoque l'intervention de la loi ; il ne peut se dispenser de choisir parmi les buts dont la réalisation peut être poursuivie. Le jugement de valeur est une étape décisive de la réflexion juridique¹⁶⁵. » Toute activité sociale, y compris l'activité juridique, ne saurait, du fait qu'elle est une action orientée vers un but, être comprise sans tenir compte de la finalité. Le but est une partie intégrante de toute activité, de sorte qu'une science sociale doit le prendre en considération sous peine de caricaturer la science. C'est justement en faisant entrer en ligne de compte la finalité qu'il est possible d'expliquer les tensions ou les conflits qui peuvent surgir au sein de l'activité juridique, qu'il s'agisse d'une tension entre un système de droit positif et un autre ou d'un conflit à l'intérieur d'un même système quand la législation contredit la finalité du droit. On ne peut,

161. A.D. OLINGA, préc., note 1.

162. Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 79.

163. É. PICARD, préc., note 15, à la page 144.

164. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 75 et 76.

165. Christian ATIAS et Didier LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D. 1997.251. *Adde.* Léon HUSSON, « Le fait et le droit », (1979) 14 *Ar. philo. dr.* 231.

lorsqu'on est juriste, se permettre d'être un pur normativiste dans un environnement social où le droit est encore fortement « saisi » par le politique, un contexte où le respect de la culture du droit est encore à construire. Dans un tel contexte, une dogmatique d'explication, d'éclairage ne saurait suffire au juriste pour se sentir quitte de ce que la société attend de lui : il faut nécessairement aller vers une dogmatique de discussion et d'évaluation de la qualité intrinsèque du contenu substantiel des normes produites en vigueur. Dès lors, par le référent éthique, la dogmatique juridique devient un instrument constant de recherche de la qualité du système juridique¹⁶⁶. À une époque où l'on vit au rythme d'une certaine religion des droits de la personne et de l'État de droit, qui peut se targuer de ne pas en être un fidèle ou, tout au moins, de ne pas lui rendre un culte à l'occasion même dans le contexte d'une réflexion dite scientifique sur le droit ? Voilà ce que s'est demandé Étienne Picard¹⁶⁷.

Le droit positif a déjà démontré depuis longtemps que seule une réelle dogmatique éthique pouvait donner un peu d'humanisme aux normes juridiques¹⁶⁸. L'article 1135¹⁶⁹ du Code civil français invite explicitement le magistrat à juger en considération de l'équité ou des usages, et ce, afin de compléter la règle de droit ou la volonté des parties. C'est ainsi qu'il a pu mettre une obligation de sécurité à la charge du transporteur de personnes ou imposer une obligation de renseignement à certains contractants. D'autres textes, par exemple, en droit pénal, en droit administratif, en droit de la famille ou en droit international, contiennent des dispositions axiologiquement marquées. Ainsi, comment appréhender les notions de « raisonnable¹⁷⁰ », de « légitime¹⁷¹ », d'« ordre public » tant en droit interne qu'en droit international privé¹⁷², de « clauses constitutionnelles non révi-

166. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 96 et 97.

167. *Id.*, p. 144.

168. Un auteur a conclu que le Code civil français a été conçu par une grande prise en considération de la morale : Raja SAKRANI, « Codifier la morale ? La morale dans les codes civils français et tunisien », (2008) 60 *R.I.D.C.* 461.

169. L'article 1135 C. civ. dispose que les conventions « obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

170. Lêmy DUONG, « Le raisonnable dans les principes du droit européens des contrats », (2008) 60 *R.I.D.C.* 701.

171. En droit pénal, la « légitime défense » est une cause d'exonération de la responsabilité pénale.

172. En droit international privé, la notion d'ordre public semble la mieux marquée axiologiquement. L'exception d'ordre public en droit international privé, contrairement au droit interne, peut se définir comme un ensemble de principes considérés au Cameroun, à un moment donné, comme des principes fondamentaux du système. L'ordre public intervient pour défendre des valeurs que la Cour de cassation appelle dans l'arrêt

sables¹⁷³», si ce n'est par une considération axiologique? Même dans sa démarche habituelle, le législateur n'a jamais adhéré aveuglément au code méthodologique de la dogmatique classique. En choisissant de raisonner selon *un ordre*, entendu comme une opération de rangement, de classification, le législateur « traduit les principes fondamentaux qui gouvernent le système, et, finalement, la hiérarchie des valeurs. L'ordre, ainsi choisi par le législateur, n'est pas neutre, il n'est généralement pas "naturel", il a été construit¹⁷⁴. » Lorsque le législateur se préoccupe de l'ordre, il est toujours guidé « par une raison particulière, une raison forte [...] C'est cette raison qu'il faut rechercher, derrière les critères de rangement et leur hiérarchie, car seule la découverte de cette raison permet de s'approprier véritablement, de comprendre la règle¹⁷⁵ ».

Pendant, à cette analyse se greffe un problème épistémologique majeur : comment connaître les valeurs à la base du jugement juridique? Appartiennent-elles à une réalité préétablie ou bien à un milieu social formé et conçu par les individus et les groupes sociaux? En réponse à ces questions, les fondements philosophiques sont diversifiés¹⁷⁶. Néanmoins, une partie de la doctrine dont le point de vue peut être acceptable relève ceci :

Les valeurs découlent par conséquent des prises de position des individus par rapport à certains états de choses sociaux. Elles se soumettent aux conceptions et aux formes de vie sociales prépondérantes à une certaine époque. Ce sont donc les individus et les groupes sociaux qui créent les valeurs et les insèrent dans leurs institutions. Ce sont aussi eux qui font usage de ces valeurs en leur attribuant force et signification en tant que fins et raisons de l'action humaine¹⁷⁷.

De la sorte, pour connaître la valeur morale des règles que l'on suit, il est nécessaire de remonter aux principes dont elles découlent, et selon lesquels se juge précisément leur validité. Cette participation du sujet à la réflexion éthique interdit donc la séparation des rôles, de la connaissance et de la pratique, du théoricien et du praticien. Comme la distinction du

Lautour « des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue » : Civ. 25 mai 1948, dans Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2001, n° 19.

173. L'article 64 de la *Constitution du Cameroun*, révisée par la loi n° 96-06 du 18 janvier 1996, dispose ceci : « Aucune procédure de révision ne peut être retenue si elle porte atteinte à la forme républicaine, à l'unité et à l'intégrité territoriale de l'État et aux principes démocratiques qui régissent la République. »

174. M.-L. IZORCHE, préc., note 119, à la page 756.

175. *Id.*

176. Le cadre restreint de notre réflexion ne permet pas des développements sur ces fondements. On consultera utilement Valentin PETEV, « Jugement juridique et jugement moral », (1995) 39 *Ar. philo. dr.* 211.

177. *Id.*, 214.

pratique et du théorique ne peut plus valoir, la connaissance n'est plus théorie, c'est-à-dire l'étude abstraite de modèles d'une réalité extérieure, mais immédiatement pratique en elle-même, engagée dans la concrétude, ou concrétisation, de ce qu'elle étudie. C'est donc nécessairement une connaissance pratique, concrète, quoiqu'elle ne soit pas étrangère à la pensée réflexive qui caractérise l'éthique.

Suivant ce raisonnement, une autre préoccupation surgit : comment faire pour éviter l'arbitraire du juriste dans son jugement, afin que l'éthique subjective ne l'emporte pas sur l'éthique objective ? Pour y répondre, la doctrine pense que le juriste doit adopter par rapport aux valeurs « une position tout à fait relativiste [...] les valeurs font l'objet d'un choix moral et politique dépendant du milieu culturel d'une société donnée. Les valeurs sont historiquement contingentes. Cela ne signifie pas du tout que ce choix est arbitraire et qu'il n'obéit pas à des tendances émancipatrices en société¹⁷⁸. » L'éthique mobilisable dans le travail du juriste est une éthique objective, celle de la finalité de la règle de droit, et non une éthique subjective, celle du juriste lui-même, bien qu'il ne soit pas exclu que les deux formes puissent parfois coïncider.

Ce substrat de la partialité axiologique peut se trouver enfoui dans la redéfinition de la validité normative et dans la cohérence philosophique du système juridique. Qui ne voit alors se profiler à l'horizon les données empiriques de la dogmatique éthique ?

2.2 Les données empiriques de la dogmatique éthique

Les transformations contemporaines de la régulation juridique ont fait perdre au droit *moderne* kelsennien les attributs de systématisme, de généralité et de stabilité qui le caractérisaient. L'ordonnement juridique a subi de redoutables secousses en raison de la prolifération anarchique des règles qui a rendu plus flous les contours de l'ordre juridique, sapé sa cohésion et perturbé sa structure. Le droit apparaît comme le produit d'un rapport de force politique et social contingent. La rationalité juridique ne se présume plus, car la norme est désormais passée au crible de l'efficacité, qui devient la condition et la caution de sa légitimité¹⁷⁹.

C'est dans cette logique que nous prendrons quelques exemples concrets permettant de mettre en valeur la place de la dogmatique éthique dans le raisonnement juridique contemporain. Les deux axes principaux de la pensée du maître autrichien seront ainsi mis à l'épreuve, notamment la

178. *Id.*

179. J. CHEVALIER, préc., note 152, 668 et 669.

validité normative et la cohérence du système juridique. À la monolithique validité formelle légaliste, nous opposerons, avec François Ost et Michel van de Kerchove¹⁸⁰, une validité tridimensionnelle (2.2.1). À la simple cohérence linéaire, verticale du système juridique, nous ajouterons une cohérence philosophique, axiologique, réticulaire, toujours apte à rendre compte du mouvement dialectique du droit (2.2.2).

2.2.1 La validité tridimensionnelle

La question de la validité des normes¹⁸¹ juridiques est sans doute une des plus centrales, à la fois hautement spéculative et résolument pratique, auxquelles théoriciens et praticiens du droit doivent faire face¹⁸². Elle est la « véritable pierre de touche de la pensée juridique¹⁸³ », l'instrument « absolument irremplaçable pour caractériser le phénomène juridique¹⁸⁴ ». Même si toute définition de la validité est difficile parce qu'elle varie en fonction des écoles¹⁸⁵, on peut globalement comprendre la validité comme la qualité qui s'attache à la norme dont on a reconnu qu'elle satisfait aux conditions

180. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 264; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 26, p. 325.

181. On ne s'intéressera qu'à cette dimension de la validité. On sait que Kelsen opère une distinction entre validité de la norme et validité du système juridique. Cette distinction débouche finalement sur une incohérence de la pensée du maître autrichien. Il estime que la légitimité de l'ordre juridique dans son ensemble, sa validité pour tout dire, est conditionnée par l'efficacité de celui-ci : « l'efficacité de l'ordre juridique en tant que tout est condition de sa validité » ; il ajoute qu'un ordre juridique « est considéré comme valable si ses normes sont efficaces, c'est-à-dire effectivement obéies et appliquées, *en gros et de façon générale* » ; par conséquent, « l'on peut [...] dire que le principe de légitimité voit son empire limité par le principe de l'effectivité » : H. KELSEN, préc., note 13, p. 286 et 287. Cependant, une incohérence se dégage, parce que, selon Kelsen, la validité de l'ordre juridique n'est pas la somme des validités (formelles) des normes du système juridique, mais la somme des applications de chacune de ces normes. Celui qui prétend fonder sa théorie sur un désintéret quant au résultat à atteindre par la norme fait de l'efficacité des normes la condition de validité du système juridique. Kelsen est-il cohérent ou incohérent ? Voir, dans le même sens, Sophie PAPAETHYMIU, « De deux choses l'une : cohérence ou contradiction dans la *Théorie pure du droit* », dans *Mélanges en l'honneur de Michel Troper. L'architecture du droit*, préc., note 136, p. 747.

182. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 26, p. 324.

183. *Id.*

184. Christophe AGOSTINI, « Pour une théorie réaliste de la validité », dans *Mélanges en l'honneur de Michel Troper. L'architecture du droit*, préc., note 136, p. 1.

185. La théorie positiviste soutient que la légalité d'une règle, ou la compétence d'un pouvoir, est une condition nécessaire et suffisante de validité. Pour la théorie réaliste, la seule manière de parler de la validité d'une règle, c'est de soutenir qu'elle présente une certaine probabilité d'être appliquée par les tribunaux. Les tenants de la théorie jusnaturaliste confinent la validité dans la légitimité, c'est-à-dire la référence aux valeurs métapositives.

requis pour produire les effets juridiques que ses auteurs lui attribuent. Contrairement aux tentatives récurrentes de la pensée juridique de privilégier un critère exclusif et homogène de validité, nous défendons une thèse résolument plurielle et interactive de la validité. Le modèle de référence du droit valide ne doit plus alors être recherché dans la règle générale et abstraite, mais dans la solution d'espèce qu'expliquent les circonstances particulières de la cause¹⁸⁶.

En effet, la validité d'une norme peut être établie par référence à trois critères distincts qui sont comme trois catégories transcendantales permettant de saisir l'expérience juridique : la validité formelle¹⁸⁷, ou encore légale ou systémique (relative à un ordre juridique donné), la validité empirique (relative aux attitudes, aux comportements, aux représentations des autorités et des sujets de droit)¹⁸⁸ la validité axiologique (relative à des valeurs métapositives)¹⁸⁹. De ces trois critères de validité, la validité axiologique est le point focal de notre démonstration, mais elle ne peut opérer seule. Comme le disent si bien François Ost et Michel van de Kerchove, « [i]l ne suffit pas, en effet, de considérer que la validité résulte de l'addition à un brevet de légalité d'une certaine dose d'effectivité et de légitimité, mais de comprendre qu'il est impossible de mettre en œuvre chacun des trois critères considérés isolément sans mobiliser implicitement ou explicitement les deux autres¹⁹⁰ ». Ainsi, les rapports entre les trois critères de la validité

186. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 26, p. 319.

187. On entend par « validité formelle » l'appartenance d'une norme à un système juridique, de par sa conformité avec les critères d'appartenance du système. Il s'agit de la conformité formelle et matérielle entre une certaine norme et les normes qui lui sont formellement et substantiellement supérieures au regard de la pyramide des normes : C. AGOSTINI, préc., note 184, à la page 8 ; D.J. ZAMBO ZAMBO, préc., note 69, 64-67.

188. En vertu du critère empirique, sont valides les normes qui appartiennent à un système juridique, et qui sont effectivement appliquées par les autorités d'application du droit – *in fine* les tribunaux. Désormais, la qualité essentielle de la règle de droit est sa performance, son aptitude à atteindre l'objectif poursuivi au moindre coût économique et social. On pourra dire que l'effectivité s'entend de la capacité de la règle à orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité par le législateur ou, plus précisément, est effective la règle utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique : C. AGOSTINI, préc., note 184, à la page 10 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 26, p. 330.

189. Le concept de validité axiologique qualifie le rapport de conformité que le droit positif entretient au droit naturel ou avec les valeurs. Ainsi, pour appartenir à l'ordre juridique, ou pour être considérées comme obligatoires, les normes doivent être conformes non seulement aux critères formels du système juridique, mais également à des principes extrajuridiques : C. AGOSTINI, préc., note 184, à la page 14.

190. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 26, p. 325.

(légalité, effectivité, légitimité) ne sont pas en juxtaposition, mais en interaction¹⁹¹. C'est « la validité en réseau¹⁹² ».

Pour démontrer cette récursivité des critères de la validité, François Ost et Michel van de Kerchove s'appuient sur trois exemples, qu'il nous paraît important de reprendre, relativement aux justifications des revirements de jurisprudence, au fondement des normes auxquelles on ne peut déroger au sein des constitutions et au sens des notions à géométrie variable en matière contractuelle.

Sur les justifications des revirements de jurisprudence, un conseiller à la Cour de cassation, M. Meeus écrit que « les trois cas [pour le revirement] correspondent aux trois critères de validité : l'erreur de droit manifeste, critère de légalité ; la paix judiciaire n'est pas réalisée, critère d'effectivité ; les circonstances ont changé, critère de légitimité¹⁹³ ».

Sur les normes auxquelles on ne peut déroger (comme la forme de l'État qui ne peut être révisée)¹⁹⁴ contenues dans plusieurs constitutions démocratiques, il s'agit de la reconnaissance explicite de ce que le droit positif ne peut pas présenter n'importe quel contenu sans cesser d'être du droit, et que, au moins sur ces questions essentielles, la légalité est subordonnée à la légitimité. Cela traduit l'idée selon laquelle en régime démocratique des limites substantielles, inspirées par le souci de préserver les valeurs fondatrices de l'ordre politique, encadrent le libre jeu des initiatives parlementaires et des mouvements d'opinion¹⁹⁵.

Sur les notions juridiques à géométrie variable en matière contractuelle, comme l'ordre public, les bonnes mœurs, la bonne foi ou les délais raisonnables, on doit observer que, derrière cette mécanique formelle, ce sont bel et bien des conceptions substantielles de légitimité (le recours aux valeurs) variables dans le temps et l'espace qui se font valoir. Il s'agit de se livrer à une appréciation de la légitimité du contrat au regard des valeurs

191. Kelsen lui-même reconnaît l'interaction des critères de la validité. Il écrit en effet qu'« un ordre normatif perd sa validité quand il cesse d'être dans une certaine mesure en accord avec la réalité ». Cf. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Henri Thevenaz, Neuchâtel, Éditions de la Braconnière, 1953, p. 118. « Il y a donc », poursuit-il, « un rapport entre la validité et l'efficacité d'un ordre juridique, la première dépendant dans une certaine mesure de la seconde ». Et plus loin : « Pour qu'un ordre juridique national soit valable, il faut qu'il soit efficace [...] il y a là une condition *sine qua non*, mais ce n'est pas une condition *per quam*. » (p. 119).

192. Luc J. Wintgens, « Legisprudence: Elements for a New Theory of Legislation », *Associations*, vol. 3, n° 2, 1999, p. 185, à la page 205.

193. F. Ost et M. van de Kerchove, préc., note 26, p. 343.

194. *Constitution du Cameroun*, préc., note 173, art. 64.

195. F. Ost et M. van de Kerchove, préc., note 26, p. 345 et 346.

protégées par l'ordre public¹⁹⁶. Le droit contemporain de la consommation va dans ce sens.

À ces exemples, on peut ajouter le rôle de l'exception d'ordre public en droit international privé qui constitue une espèce de test de validation pour la loi étrangère. Si elle heurte les valeurs défendues dans l'État du *for*, elle sera évincée et la *lex fori* trouvera à s'appliquer. La loi étrangère n'est donc valide axiologiquement en droit international privé que si elle est conforme aux valeurs fondamentales du *for*. C'est une forme de cohérence non plus simplement formelle, mais avant tout philosophique.

2.2.2 La cohérence philosophique

La cohérence philosophique, ou macrocohérence, du système juridique postule que la compréhension des normes d'origines diverses qui régulent la vie au sein d'un espace juridique doit se faire par référence à une ligne directrice qui guide le législateur dans la défense des valeurs qu'il entend promouvoir pour le bonheur des destinataires de la règle de droit. La cohérence du système juridique ne s'appréciera plus par simple confrontation entre chacune des normes et la norme fondamentale, mais surtout par confrontation entre les valeurs poursuivies et défendues par le législateur. De la sorte, « [u]ne foule de règles dispersées [...] récupèrent leur unité ou leur "complémentarité", en même temps que leur exacte portée, quand on les lit à la lumière de telle idée qui leur est commune et à laquelle elles sont ordonnées¹⁹⁷ ». C'est dans cette logique qu'en d'autres circonstances nous avons démontré, par exemple, que dans le système juridique camerounais on ne pouvait se contenter d'une simple cohérence formelle sans y percevoir des contradictions, et que seule la cohérence philosophique pouvait nous fournir les clés de compréhension d'un ordre juridique aussi complexe¹⁹⁸. Deux exemples, notamment le droit de la famille et le droit pénal, nous avaient servi d'illustrations pour analyser les règles de droit à l'aune de la politique législative du Cameroun¹⁹⁹.

196. *Id.*, p. 347.

197. Jean DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 103.

198. Voir Siméon Patrice KOUAM, *Le sexe et le droit. Essai de systématisation à partir des droits fondamentaux*, thèse de doctorat, Yaoundé, Université de Yaoundé II, 2011, p. 45 et suiv.

199. A. MINKOA SHE, préc., note 73, p. 10, qui nous avait précédé dans ce sens, écrivait ceci : [Décrire] un système juridique, ce n'est pas seulement décrire certaines normes ou pratiques du droit positif, mais également interpréter celles-ci au regard de la rationalité spécifique ou des lignes directrices du système ; et c'est dans sa réalité positive et évolutive que la recherche va dégager et définir ces lignes directrices, et en apprécier la cohérence, l'efficacité et le fonctionnement, en considération des buts assignés au système.

La mobilisation du référent éthique, notamment l'« éthique du résultat raisonnable ou de l'effet raisonnable²⁰⁰ », en vue d'obtenir une cohérence philosophique permet au dogmaticien de privilégier parmi la pluralité des effets plausibles de la règle ceux qui le sont davantage au regard du contexte. Le résultat de son application est le baromètre de la « vérité » de la règle, soit le test de sa légitimité. Le référent éthique prend généralement appui sur la culture, plus précisément la diversité culturelle. La cohérence philosophique apparaît ainsi comme la traduction d'un certain *culturalisme*, toujours relatif.

En se fondant sur cette conception de la cohérence (philosophique), la Cour européenne des droits de l'homme, en « réécrivant » le droit qui est dans la Convention européenne des droits de l'homme²⁰¹, a créé la « marge nationale d'appréciation²⁰² » et le « principe de proportionnalité²⁰³ ».

La « marge nationale d'appréciation », expression jurisprudentielle²⁰⁴ du principe de subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme, confère aux États un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des limitations aux droits protégés et marque *a priori* le contrôle européen du sceau de la retenue judiciaire. Toute la dialectique du contrôle du juge européen réside dans le souci de faire place à l'autonomie nationale, tout en préservant le droit commun, et se résume dans la notion de « marge d'appréciation » qui vient définir le rapport de compatibilité devant

Adolphe MINKOA SHE, *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, thèse de doctorat, Strasbourg, Université des sciences juridiques, politiques, sociales et de technologie de Strasbourg, 1987.

200. L'expression est celle d'A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 94, qui observe que cette éthique du résultat raisonnable s'inscrit dans la logique rhétorique de C. PERELMAN, préc., note 150, p. 94, appliquée notamment au travail judiciaire, laquelle permet une « logique des jugements de valeur qui ne fasse pas dépendre ceux-ci de l'arbitraire de chacun ». À son avis, le travail du juge est valide lorsqu'il permet d'aboutir à un jugement équitable et acceptable parce qu'il est raisonnable. Il s'agit, « quittant le dogmatisme formel sans tomber dans la sophistique, de mettre au point les raisonnements raisonnables établis notamment en considération du contexte ».
201. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953).
202. Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », (2000) 52 *R.I.D.C.* 753.
203. Sébastien VAN DROGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
204. La notion de « marge nationale d'appréciation » est apparue initialement dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme relative aux dérogations de l'article 15 (*Grèce c. Royaume-Uni*, n° 176/56, 2 juin 1956).

exister entre les mesures nationales et la norme conventionnelle. Le juge européen prend acte de ce que les autorités nationales ont la meilleure connaissance des circonstances et des conditions locales d'application de la convention visée et constate que, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu des exigences de l'ordre public et la nécessité d'une restriction à une liberté²⁰⁵. La notion de « marge nationale d'appréciation » sous-tend finalement les deux processus d'internationalisation du droit : que l'on parte du droit interne ou du droit international, elle exprime une tension de l'un à l'autre et cette tension permet de respecter un certain pluralisme. Elle « implique ouvertement une rupture avec la conception traditionnelle, unifiée et strictement hiérarchisée de l'ordre juridique²⁰⁶ » et procède à une « renationalisation » du droit²⁰⁷.

Cependant, la « marge nationale d'appréciation » des États ne saurait être illimitée, et le juge européen affirme son aptitude à en contrôler l'étendue. La Cour européenne recherche si l'ingérence est proportionnée au but légitime poursuivi et vérifie alors qu'un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. Le « principe de proportionnalité », qui traduit une exigence d'adéquation entre un objectif légitime et les moyens utilisés pour l'atteindre, se situe donc au cœur de la « marge nationale d'appréciation ». Selon qu'elle énonce plus ou moins strictement la condition de proportionnalité, la Cour européenne module l'intensité de son contrôle et, en conséquence, fait varier l'étendue de la marge d'appréciation de l'État²⁰⁸. Ce faisant, elle confirme la vue de Paul Roubier quand il écrit que « les hommes ont une foi ardente dans l'existence de la justice,

205. Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1989.

206. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 202, 757.

207. *Id.*

208. F. SUDRE, préc., note 205, p. 219 et 220. Adde. Robert KOLB, « Les droits fondamentaux de l'individu comme principes normatifs d'optimisation de valeurs et d'intérêts sociaux. Dix exemples tirés de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », (1999) 11 *R.U.D.H.* 125. Cet auteur précise ce qui suit (p. 134-135) :

L'application des droits fondamentaux est donc d'abord une fonction politique, liée à la représentation des valeurs indispensables au bon déroulement de la vie publique [...] La jurisprudence sur les droits de l'homme est l'œuvre d'un auditoire s'employant à peser les droits et intérêts dans un système ouvert en vue d'atteindre le consensus le plus large possible sur les priorités raisonnables dans le contexte et selon l'ordre des valeurs promues par l'ensemble du système des droits fondamentaux.

et leur cœur ne se résignera jamais à un divorce entre ce qui est juste et ce qui est juridique²⁰⁹ ».

Conclusion

Il ressort de notre étude que la définition du juriste passe par la redéfinition de la dogmatique juridique. La figure du juriste contemporain n'est plus celle d'un personnage confinée dans une dogmatique classique au sens kelsennien, mais de celui qui a conscience de son rôle dans la société. La science juridique n'est-elle pas celle de l'organisation des individus en société ?

La méthode exposée par Kelsen dans son ouvrage *Théorie pure du droit*, simpliste, monolithique, linéaire, ne peut plus rendre compte à elle seule de la complexité du droit à l'heure de la postmodernité dictée par les multiples transformations de la régulation juridique. On peut donc comprendre Alf Ross quand il écrit que, dans ses études détaillées, il a fait une curieuse découverte qu'il nomme « la loi tragique de la méthodologie de la théorie pure du droit [...], plus on trouve de rigueur logique dans le développement d'une théorie moniste, d'autant moins elle se manifeste capable de saisir la réalité et de servir de fondement d'une science du droit²¹⁰ ».

Le recours à la dogmatique éthique par l'entremise du syncrétisme méthodologique permet d'avoir un « véritable » juriste, un juriste accompli, celui dont la responsabilité ne sera jamais engagée pour n'avoir pas compris que, en sa qualité de dogmaticien, il doit admettre que l'humanité demeure l'horizon indépassable de son métier. Comme l'a si bien résumé le professeur Alain Didier Olinga, « [l]e juriste est, en somme, à la fois un technicien, dépositaire d'une certaine manière de saisir l'objet juridique, le possesseur d'une expertise qui peut être vendue [...] et le vigile des évolutions systémiques affectant l'ordre juridique dans ses rapports avec l'ordre social global, pour le progrès de sa communauté et de l'humanité en général²¹¹ ». Le syncrétisme méthodologique est un savant mélange de dogmatique classique et de dogmatique éthique qui peut fournir à la science du droit une définition du juriste. Nous pouvons le dire désormais sans trop de crainte : « le juriste est l'adepte d'un code méthodologique ; toutefois, tel que nous ne pouvons ne pas le concevoir, il est nécessairement le serviteur d'une éthique humaniste ; pour concilier rigueur méthodologique et impératif

209. Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1951, n° 24, cité en épigraphe par A. AKAM AKAM, préc., note 127, 501.

210. Alf ROSS, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », dans *Le problème des sources du droit positif*, Paris, Sirey, 1934, p. 168.

211. A.D. OLINGA, préc., note 1, p. 111.

humaniste, le juriste doit être le défenseur permanent d'une dogmatique éthique²¹². »

Cependant, il faut interroger les paradigmes qui servent de fondements à ce syncrétisme méthodologique, pour comprendre comment ils peuvent s'articuler véritablement dans l'optique de la pensée juridique complexe. C'est tout le problème d'un nécessaire syncrétisme paradigmatique, alliant la « pyramide » et « le réseau ».

212. *Id.*, p. 30.