

La science et l'ontologie dualiste en droit : le droit naturel et le positivisme juridique face à l'argument épistocratique

Pierre Walckiers

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2024/2 Volume 93 , PAGES 27 À 58
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.093.0027

Date de mise en ligne : 12/03/2025

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2024-2-page-27?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses de l'Université Saint-Louis.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

La science et l'ontologie dualiste en droit : le droit naturel et le positivisme juridique face à l'argument épistocratique

Pierre WALCKIERS

Doctorant – Aspirant F.R.S-FNRS
Centre de philosophie du droit, UCLouvain

Résumé

En examinant le rôle des discours et arguments scientifiques en droit, cette contribution explore comment les courants du droit naturel et du positivisme juridique y réagissent, et postule l'existence d'un dualisme ontologique qui persiste dans ces deux approches. Ce dualisme sépare le domaine des faits « objectifs » (incluant la « nature » et la « vérité scientifique ») du domaine des valeurs, du subjectif, de la politique et du droit. Dans cet espace dualiste, les discours scientifiques peuvent revendiquer une neutralité et objectivité, parfois avec une dimension normative. En effet, le droit naturel prête à ces discours une dimension normative, tout comme le positivisme sociologique qui voit dans le fait social une source de normativité. En revanche, le positivisme juridique isole le droit « pur » des éléments externes et réaffirme la séparation entre faits et valeurs, mais renforce paradoxalement le caractère « indiscutable » des éléments extérieurs. Cet article conclut que le droit naturel et le positivisme juridique sont mal équipés pour contrer les arguments épistocratiques, et souligne la nécessité d'approches plus critiques et interdisciplinaires du droit.

Abstract : Science and Dualist Ontology in Law: Natural Law and Legal Positivism in the Face of the Epistocratic Argument

By examining the role of scientific discourses and arguments in law, this contribution explores how natural law and legal positivism respond to them, and posits the existence of an ontological dualism that persists in both approaches. This dualism separates the domain of “objective” facts (including “nature” and “scientific truth”) from the domain of values, subjectivity, politics, and law. Within this dualistic framework, scientific discourses can claim neutrality and objectivity, sometimes with a normative dimension. Indeed, natural law attributes normativity to these discourses, just as sociological positivism sees social facts as a source of normativity. In contrast, legal positivism isolates “pure” law from external elements and reaffirms the separation between facts and values, but paradoxically reinforces the

“undisputable” nature of external factors. This article concludes that natural law and legal positivism are ill-equipped to counter epistocratic arguments and highlights the need for more critical and interdisciplinary approaches to law.

S’inscrivant dans un projet de recherche plus large sur l’utilisation rhétorique d’arguments scientifiques en droit, cet article examine comment les approches du droit naturel et du positivisme juridique y réagissent. Nous soutenons que ces deux approches du droit partagent une ontologie dualiste, où l’argument scientifique peut être associé à un domaine externe, objectif et neutre, et, selon différentes configurations, prétendre à une autorité dans les sphères juridiques¹.

Conceptuellement, l’ontologie désigne un certain type de rapport à l’être et au monde, ainsi que leur mise en ordre². Nous parlerons d’ontologie dualiste pour désigner une configuration moderne caractérisée par une série de dichotomies et de séparations, comme entre la nature et la culture, le matériel et l’immatériel, les faits et les valeurs³. En assumant quelques raccourcis pragmatiques, nous associons les arguments dualistes convoquant la « nature objective », une « science neutre », bref un « arrière-monde » extérieur aux valeurs, à la subjectivité, à la politique et au droit, qui ne peuvent pas être discutés sur le plan subjectif⁴. De ce dualisme découlent également les distinctions entre le monde sensible des faits empiriques (être) et un monde métaphysique des valeurs (devoir-être)⁵.

Dans certaines de leurs manifestations, les arguments scientifiques reposent sur cette ontologie dualiste pour imposer, au-delà du monde social « subjectif », des faits « objectifs » associés à un domaine externe, objectif et neutre, ou à une nature immanente⁶. Pour Stengers, ce dualisme est particulièrement visible dans la définition positiviste et moderne des sciences, qui désignent un ensemble de connaissances sur un objet ou un sujet, produit suivant les méthodes de cette science moderne et qui opère par une série de disqualifications et de purifications, pouvant par conséquence, prétendre à la

¹ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ? La tentation de l’épistocratie*, Paris, Dalloz, 2024, p. 82.

² P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005, p. 220 ; A. ESCOBAR, *Sentir-penser avec la Terre. L’écologie au-delà de l’Occident*, Paris, Seuil, 2018, chap. 4.

³ B. LATOUR, *Nous n’avons jamais été modernes*, Paris, La Découverte, 2013, p. 13 ; B. LATOUR, *Politiques de la nature*, Paris, La Découverte, 2004, p. 30 ; K. HOPPE, « Dependency denial in crisis: Revisiting feminist critiques of dualism », *European Journal of Social Theory*, 2024, p. 4.

⁴ B. LATOUR, *Politiques de la nature*, *ibidem*, p. 30 ; I. STENGERS, *Sciences et pouvoirs. La démocratie face à la technoscience*, Paris, La Découverte, 2^e éd., 2013.

⁵ A. VIALA, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010, p. 163.

⁶ B. LATOUR, *Nous n’avons jamais été modernes*, *op. cit.*, note 3, p. 13 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 82.

neutralité, à l'objectivité et à l'extra-socialité⁷. Bien que les « faits » soient créés en suivant des règles spécifiques propres à leurs disciplines, les arguments scientifiques modernes vont les purifier de leur dimension sociale et les présenter comme objectifs, autonomes et indiscutables⁸.

Parallèlement à ce dualisme politique *versus* science, cet usage argumentatif des sciences peut être analysé sous l'angle épistocratique. Le concept d'épistocratie désigne un idéal-type de gouvernance où les personnes ou institutions qui possèdent les connaissances et l'expertise scientifique sont légitimes pour exercer le pouvoir politique⁹. Bien qu'il n'existe pas de régime formellement épistocratique, ce concept met en lumière un basculement de la source de légitimité : celle-ci n'est plus dérivée d'une procédure démocratique, mais découle de sa conformité à une vérité scientifique et à l'application des meilleurs savoirs disponibles¹⁰.

L'argument épistocratique est alors radicalement post-politique, car il couvre les « bonnes décisions » du sceau de l'objectivité scientifique et disqualifie toute opposition politique en la réduisant à une erreur scientifique ou à l'irrationalité¹¹. À titre d'exemple, l'argument épistocratique est visible dans le slogan thatchérien « *There is no alternative* », justifiant les politiques néolibérales par les sciences économiques, et les épargnant du débat démocratique¹². Cet argument, comme le dénonce Mouffe, conduit à nier tout conflit politique en remplaçant le clivage droite/gauche par l'approbation des mesures rationnelles élaborées par des « expert·es » et basées sur la science économique¹³. Outre cette dimension post-politique, les dérives

⁷ Notons que cette définition positiviste et moderne des arguments scientifiques est issue d'une approche réductionniste des sciences, qui exclut d'autres propositions épistémiques (comme les savoirs traditionnels, savoirs citoyens). Pourtant, la plupart de la littérature juridiques envisage la science dans cette dimension positiviste, occidentale et réductionniste. I. STENGERS, *L'invention des sciences modernes*, Paris, Flammarion, 2013, p. 36 ; L. TUHIWAI SMITH, *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous Peoples*, Londres, Zed Books, 2^e éd., 2012, p. 25 ; S. BESSON, « Le droit international de la science », *Cours au Collège de France*, Paris, Collège de France, 23 février 2024.

⁸ R. PROVOST, « Fact », *RD McGill*, vol. 66, 2020, n° 1, p. 67 ; D. KENNEDY, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton, Princeton University Press, 2018, p. 137, 290 ; B. LATOUR, *La fabrique du droit*, Paris, La Découverte, 2004, p. 219.

⁹ A. VIALA, « L'épistocratie : proposition de définition », in *Demain, l'épistocratie ?*, A. Viala (dir.), Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2022, p. 17 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 25 ; H. LANDEMORE, *Democratic Reason: Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*, Princeton, Princeton University Press, 2013 ; D. M. ESTLUND, *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton, Princeton University Press, 2007.

¹⁰ A. VIALA, « L'épistocratie : proposition de définition », *op. cit.*, note 9, p. 20.

¹¹ *Ibidem*, p. 19.

¹² *Ibidem*, p. 21.

¹³ C. MOUFFE, *Pour un populisme de gauche*, trad. P.C. d'Istria, Albin Michel, 2018, p. 15 ; A. VIALA, « L'épistocratie : proposition de définition », *op. cit.*, note 9, p. 21.

épistocratiques font également écho aux avertissements de Foucault et d'Haraway sur les confusions entre le descriptif et le prescriptif de ces savoirs-pouvoir¹⁴. C'est aussi par la justification épistocratique et l'argument de la « vérité scientifique » que des politiques d'exploitation et de discrimination ont été justifiées, pouvant impliquer une disqualification des savoirs spécifiques de certaines communautés¹⁵.

Laissant de côté des réflexions plus générales sur les relations entre science et politique, ou sur la nécessité d'une définition inclusive des sciences, cet article se concentrera sur la réception des arguments scientifiques par les approches du droit naturel et du positivisme juridique, selon leurs perspectives positivistes et dualistes considérées comme neutres et objectives.

Dans ce contexte, nous tenterons de répondre à la question suivante : *comment les approches du droit naturel et du positivisme juridique réagissent-elles à l'utilisation de discours et d'arguments scientifiques, notamment dans leurs soubassements dualistes ?* En mobilisant une approche interdisciplinaire (théorie du droit, philosophie du droit et des sciences), nous avons pour hypothèse que ces deux approches partagent une ontologie dualiste, où s'impose l'idée qu'il existe des règles immanentes dans la nature ou dans la société (en dehors du droit, indiscutables, neutres ou objectives), pouvant avoir un certain degré d'autorité pour le droit positif¹⁶. En effet, nous pensons que ces deux approches « classiques » (en opposition aux approches critiques du droit : approches féministes, marxistes ou décoloniales du droit) s'inscrivent chacune dans un dualisme ontologique, reconnaissant une certaine externalité, voire une objectivité, à ces discours, bien qu'elles varient dans le degré de normativité attribué à ces éléments hors du droit¹⁷.

D'un côté, le droit naturel correspond à un dualisme normatif, car il attribue une autorité intrinsèque aux arguments dualistes. En effet, cette approche considère qu'une règle de droit est valide lorsqu'elle est conforme

¹⁴ D. HARAWAY, *Simians, Cyborgs, and Women*, Londres, Routledge, 2013, p. 43 ; M. FOUCAULT, *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France*, Paris, Le Seuil, 2015, p. 231 ; M. FOUCAULT, *Leçons sur la volonté de savoir. Cours au Collège de France. 1970-1971 suivi de le savoir d'Oedipe*, Paris, Gallimard, Seuil, 2011, p. 114.

¹⁵ L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: the cultural politics of law and knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 26 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 64-80.

¹⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 251 ; A. VIALA, « L'épistocratie : proposition de définition », *op. cit.*, note 9, p. 25.

¹⁷ M. TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 2006, n° 857, p. 16.

aux lois divines, aux lois de la nature ou à la rationalité scientifique¹⁸. Le droit naturel reconnaît donc des principes immanents, universels et intrinsèques à la nature humaine, qui sont indépendants de toute loi positive.

De l'autre côté, le positivisme juridique intègre un dualisme moderne en séparant strictement le droit du non droit, les faits et les valeurs, etc. Contrairement au droit naturel, le positivisme juridique s'intéresse au droit « pur » uniquement, dont la validité est déterminée à partir de critères juridiques indépendamment des faits externes¹⁹. Comme nous l'argumenterons, une telle approche aboutit à la réification d'un dualisme « indiscutable » où la science neutre et objective existe indépendamment des faits sociaux et peut, dans une certaine mesure, exercer une autorité rhétorique en droit²⁰.

Une autre approche du positivisme, le positivisme sociologique, radicalise l'argument épistocratique en étendant l'activité savante à l'ensemble des domaines humains, y compris l'élaboration des lois²¹. En dérivant un devoir-être d'un discours sur l'être, le positivisme sociologique donne à nouveau aux discours scientifiques une dimension normative.

Nous détaillerons les manifestations du dualisme dans le droit naturel (I) et dans le positivisme juridique (II). Ancrés dans ce dualisme ontologique, nous argumentons au fil de cet article que ces approches, étant donné leurs ontologies dualistes, sont mal équipées face aux arguments épistocratiques. D'une part, le droit naturel présente un dualisme normatif, où le droit serait évalué à partir de critères externes. Les arguments scientifiques peuvent alors prétendre à une vérité objective et externe, devenant ainsi normatifs. D'autre part, le positivisme juridique (dans la définition de Kelsen) isole le droit pur de ces éléments externes, renforçant ainsi le grand partage entre le droit, la politique et les sciences neutres et objectives. Selon les variantes du positivisme (sociologique, juridique), les arguments scientifiques peuvent revendiquer une autorité ou une force rhétorique dans les sphères juridiques. Ouvrant la voie à de futures recherches, nous concluons que les approches critiques et interdisciplinaires en droit peuvent offrir des pistes utiles contre ces discours dualistes qui prétendent à la neutralité et à l'objectivité.

¹⁸ N. BOBBIO, « Kelsen Et Les Sources Du Droit », *Revue Internationale de Philosophie*, *Revue Internationale de Philosophie*, 1981, vol. 35, n° 138 (4), p. 136 ; V. RODRIGUEZ-BLANCO, « Objectivity in Law », *Philosophy Compass*, 2010, vol. 5, n° 3, p. 242.

¹⁹ H. KELSEN, « Le positivisme juridique et doctrine du droit naturel », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 141.

²⁰ C. SMART, *Feminism and the Power of Law*, London ; New York, Routledge, 1989, p. 23 ; L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, *op. cit.*, note 15, p. 176.

²¹ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 53.

1. Le dualisme normatif du droit naturel

Cette première partie retrace la persistance d'un dualisme ontologique avec des dimensions normatives dans le droit naturel et au fil de ses évolutions. Selon une définition minimale, le droit naturel se réfère à un ensemble de règles inhérentes à la nature des choses ou à la nature humaine²². En soi, la philosophie du droit naturel envisage l'existence de règles de justice immuables, universelles et intemporelles qui peuvent être déduites de la nature et qui ne découlent pas de choix humains²³. Nous identifions cette posture comme dualiste, car le droit nous est *donné* de la nature et ce droit existe en toute indépendance vis-à-vis de toute *construction* humaine²⁴. Outre l'immanence du droit naturel, une dimension normative peut être identifiée, car ce droit naturel s'impose au droit positif²⁵.

Comme l'illustre Troper, des juristes :

admettent cependant qu'il existe, au-dessus des lois, un droit naturel, dont la connaissance est accessible à la raison humaine et qui contient des principes de justice gouvernant ces questions [dimension dualiste et immanente]. (...) Cette philosophie du droit aura d'ailleurs une dimension normative et recommandera au législateur d'adopter les règles conformes aux principes de justice qu'elle estimera avoir dégagés [dimension normative]²⁶.

Au fil de son évolution, par exemple avec sa sécularisation ou l'adoption des méthodes du positivisme juridique, nous constatons que cette approche reste marquée par un dualisme normatif. Sans proposer un exposé exhaustif de cette philosophie, nous présenterons la persistance du dualisme normatif dans le droit naturel ancien (A), moderne et contemporain (B).

A. Le dualisme hétéronome dans le droit naturel ancien

À l'exception notable du sophisme ou de l'épicurisme qui, dans la lignée du matérialisme démocratéen, distinguent nature (*physis*) et convention (*nomos*), le droit naturel de l'antiquité gréco-romaine présentait une conception radicalement dualiste et surtout hétéronome du monde, avec un

²² R. WACKS, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 16 ; A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, note 5, p. 62.

²³ B. KRIEGEL, « Les droits de l'homme et le droit naturel », in *Droit, institutions et systèmes politiques*, D. Colas et C. Emeri (dir.), Paris, PUF, Hors collection, 1988, p. 16 ; H. KELSEN, « Le positivisme juridique et doctrine du droit naturel », *op. cit.*, note 16, p. 142 ; S. LAGI, *Democracy in Its Essence: Hans Kelsen as a Political Thinker*, London, Lexington Books, 2020, p. 100.

²⁴ B. KRIEGEL, « Les droits de l'homme et le droit naturel », *ibidem*, p. 20.

²⁵ *Ibidem*, p. 17 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 26.

²⁶ M. TROPER, *La philosophie du droit*, *op. cit.*, note 17, p. 5 ; A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, note 5, p. 145.

ordre naturel divin, immanent et normatif²⁷. Ce droit naturel est plutôt à comprendre comme des « lois de la nature » et comme un ensemble de règles régissant le fonctionnement du monde, correspondant à l'ordre naturel des choses. Ces règles étaient vues comme l'expression de la volonté immanente et objective de la nature et dotées d'une force normative²⁸.

L'idéalisme de Platon et son allégorie de la caverne constituent les fondements, et sans doute la manifestation la plus claire, de ce dualisme normatif²⁹. À travers ce mythe, il sépare deux mondes : celui de la caverne, représentant le monde sensible et des illusions tenues par erreur pour la réalité ; et, en dehors de la caverne, le monde intelligible des idées, des formes et des vérités objectives³⁰. Les concepts absolus et indissociables de droit et de justice (*dikaion*) appartiennent à ce monde suprasensible. Ces concepts idéaux ne peuvent pas faire l'objet d'une recherche empirique, mais relèvent d'une science spéculative du *dikaion* réservée à une élite éclairée, basée sur l'observation objective et « cosmique » de ce monde extérieur à nous³¹. Contrairement aux principes du contrat social ou de la démocratie moderne, Platon estime que ces idéaux de droit et de justice doivent servir de modèles pour les lois humaines et transcender les coutumes et conventions locales³².

Cette posture dualiste concerne également des lois objectives de la nature, aux dimensions normatives³³. Ces lois objectives sont observables à partir de la nature, et dans son approche méthodologique, de l'observation objective des êtres, du monde extérieur des idées. Elles sont indépendantes des conventions humaines et doivent prévaloir sur ces dernières. En effet, contrairement aux sophistes qui autorisent une divergence entre *physis* et *nomos*, Platon considère que les lois humaines doivent être en accord avec cet ordre objectif de la nature et le grand Tout cosmique³⁴. Issues de ce monde suprasensible, ces lois naturelles possèdent bien une dimension

²⁷ A. VIALA, *Philosophie du droit*, op. cit., note 5, p. 145 ; S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Paris, Vrin, 2002, p. 30.

²⁸ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, op. cit., note 1, p. 35.

²⁹ PLATON, *La République*, trad. R. Baccou, Paris, Flammarion, 1966, s. v. 514 a ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, op. cit., note 1, p. 27 ; B. LATOUR, *Politiques de la nature*, op. cit., note 3, p. 30.

³⁰ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, op. cit., note 1, p. 31.

³¹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 2013, p. 70-71 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, op. cit., note 1, p. 33.

³² S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., note 27, p. 32 ; R. WACKS, *Understanding Jurisprudence*, op. cit., note 22, p. 12.

³³ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, op. cit., note 1, p. 33 ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., note 31, p. 71.

³⁴ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., note 27, p. 31 ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., note 31, p. 61.

normative, Platon voyant dans la nature une certaine concordance que les lois humaines doivent imiter et reproduire³⁵.

Ce faisant, Platon associe l'exercice politique à une activité épistémique, dans la mesure où il s'agit de découvrir la nature objective des êtres et du monde, à la lumière de laquelle il faut transformer le droit positif³⁶. Cette subordination de la politique à la recherche de la vérité place ainsi Platon aux origines de l'argument épistocratique. Opposé à la démocratie, qu'il juge corrompue par l'opinion et l'ignorance de la foule, Platon était convaincu que les philosophes, disposant de la connaissance et se rapprochant de l'idée du vrai, devaient *dicter* les affaires de la Cité³⁷. Comme le dénoncera Arendt, la philosophie platonicienne et son héritage intellectuel, dans la mesure où elle subordonne la politique à la vérité, justifie ainsi la dictature contre la démocratie au nom de la science et de la vérité³⁸.

Contrairement au dualisme platonicien entre le monde sensible et le monde des idées, Aristote introduit une approche dite « réaliste » du droit naturel³⁹. En effet, il considère que la source du droit naturel ne réside pas dans un monde transcendantal et extérieur des idées, mais bien dans la dimension normative de la nature (*physis*)⁴⁰. La *physis* aristotélicienne n'a pas la même portée que la nature des modernes et ne concerne pas le monde des astres divins. Au contraire, elle se limite au monde sublunaire et aux phénomènes des êtres familiers, où elle établit des classifications, des ordonnancements et des hiérarchisations des êtres⁴¹. Dans la classification qu'en fait Aristote, les êtres sont différents, par nature (*physei*), et n'obéissent pas aux mêmes lois naturelles⁴². Par exemple, contrairement aux plantes et aux animaux, « l'homme est un *animal politique (zôon politikon)* », et sa

³⁵ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 33 ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, note 31, p. 71.

³⁶ PLATON, *Le Politique*, trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, Paris, Flammarion, 2011, s. v. 269 c 4-274 e 4 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 33 ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, note 31, p. 72.

³⁷ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 33.

³⁸ H. ARENDT et M. HEIDEGGER, *Letters, 1925-1975*, trad. A. Shields, Harcourt, 1^{ère} éd., 2003, p. 162 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 33.

³⁹ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, *op. cit.*, note 27, p. 35 ; A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, note 5, p. 145.

⁴⁰ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, *op. cit.*, note 27, p. 36 ; R. WACKS, *Understanding Jurisprudence*, *op. cit.*, note 22, p. 12 ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, note 31, p. 85.

⁴¹ P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, *op. cit.*, note 2, p. 126 ; R. LENOBLE, *Esquisse d'une histoire de l'idée de nature*, Paris, Albin Michel, 1969, p. 60.

⁴² P. DESCOLA, *ibidem* ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, note 31, p. 87.

participation à la vie politique correspond à sa finalité et à la nature des choses⁴³.

Avec Aristote, nous retrouvons une dimension normative dans ces lois directement créées par la nature. De son point de vue, il existe dans la nature et dans l'ordonnement hiérarchique du monde un ensemble de « lois naturelles » et de dictats qui, dans une logique conservatrice et hétéronome, imposent une conduite aux lois humaines⁴⁴. Pour être justes, les lois de la Cité doivent reproduire le plus fidèlement possible la hiérarchie naturelle et se conformer aux dictats de la nature des choses. En d'autres termes, ces principes du droit naturel sont une finalité à atteindre, un principe d'orientation que les lois humaines doivent suivre pour tendre à la légitimité⁴⁵. Étant donné qu'il existe des différences par nature entre les êtres, les lois de la nature peuvent varier selon les cités et les contextes. Ainsi, la version aristotélicienne du droit naturel n'est pas universaliste comme le droit naturel moderne, mais bien souple et contextuelle, pouvant différer en fonction de son institutionnalisation dans chaque société⁴⁶.

Pour aller plus loin, notons que le réalisme dans la philosophie du droit d'Aristote sera relayé dans la version stoïcienne et thomiste du droit naturel. Par exemple, Gaius reprendra l'idée de la nature comme source première du droit naturel dans sa doctrine⁴⁷. Avec la philosophie stoïcienne, le droit naturel prend une dimension plus anthropocentrique et déductive : la règle comme l'expression de la volonté divine est considérée comme accessible à la mesure de l'humain et, par conséquent, une règle pratique pourrait être conçue en correspondance avec l'ordre cosmologique⁴⁸.

Inspirée d'Aristote, la philosophie chrétienne de Saint Thomas d'Aquin prolonge également ce dualisme normatif avec la distinction entre, d'une part, les normes de la justice humaine et, d'autre part, les « préceptes de la loi

⁴³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., note 31, p. 88 ; S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., note 27, p. 36 ; L. STRAUSS, « Le droit naturel », trad. E. Patard, *Archives de Philosophie*, vol. 79, 2016, n° 3, p. 476.

⁴⁴ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., note 31, p. 85-86 ; P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, op. cit., note 2, p. 126 ; M. TROPER, *La philosophie du droit*, op. cit., note 17, p. 17 ; A. VIALA, *Philosophie du droit*, op. cit., note 5, p. 24, 145.

⁴⁵ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., note 27, p. 40.

⁴⁶ B. KRIEGEL, « Les droits de l'homme et le droit naturel », op. cit., note 23, p. 20 ; A. VIALA, *Philosophie du droit*, op. cit., note 5, p. 63 ; S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., note 27, p. 25.

⁴⁷ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., note 31, p. 104.

⁴⁸ J. VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, 2020, n°1, p. 177 ; J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2^e éd., 2011, p. 375 ; L. STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago-London, University of Chicago Press, 2013, p. 154 ; R. P. GEORGE, *Natural law theory: contemporary essays*, Oxford, Clarendon, 1992, p. 245.

naturelle »⁴⁹. Au sommet de la rationalité pratique, ces préceptes de la loi naturelle sont normatifs, car les lois humaines doivent s'y conformer et c'est à partir de celles-ci que nous devrions juger le droit positif. Bien que ces préceptes partagent la même finalité de rechercher le bien et d'éviter le mal, ce sont des lois concrètes et conservatrices, incluant notamment la connaissance de Dieu, la vie en société, l'union hétérosexuelle, le soin des petits⁵⁰.

Pour conclure en ce qui concerne le droit naturel ancien, nous y retrouvons ce dualisme immanent et normatif. Dans cette configuration, le droit positif ne tire sa légitimité que de sa conformité à un domaine externe : soit dans le monde suprasensible des Idées pour Platon, soit dans la nature des choses pour Aristote⁵¹. Comme le dénonce Viala, l'argument épistocratique se dissimule derrière ce masque de la nature, car des positions éthiques et morales (jugements de valeur) peuvent être présentées comme découlant de la nature (jugements de vérité)⁵². Concrètement, la « loi naturelle » justifie et présente comme objectif le recours à l'esclavage pour Aristote et l'interdiction du suicide pour saint Thomas⁵³. Dans ce contexte, l'invocation de la « nature » dualiste devient d'une « commode plasticité » pour justifier et camoufler une position politique. Inversement, toute posture politique qui contredirait l'ordre établi est critiquée comme allant à l'encontre de la nature⁵⁴.

B. Le dualisme persistant dans le droit naturel moderne et contemporain

En dépit de ces évolutions, de sa sécularisation ou du respect des méthodes du positivisme juridique, le droit naturel moderne et contemporain prolonge cette ontologie dualiste et normative. En effet, cette philosophie décrète l'existence d'un ensemble de principes et de droits universels et abstraits, situés en dehors de ce monde sensible et opposables au droit positif⁵⁵. Ces droits, à la fois externes et immanents à la nature humaine,

⁴⁹ S. T. D'AQUIN, *Somme Théologique*, Paris, Cerf, numérique, 2008 1984, op. 94, A. 2 ; S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., note 27, p. 55 ; R. WACKS, *Understanding Jurisprudence*, op. cit., note 22, p. 12.

⁵⁰ S. T. D'AQUIN, *ibidem*, s. v. 94, a. 2 ; S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., note 27, p. 52 ; E. TARDIVEL, *Morale et Droit*, Paris, Boleine, 2023, p. 4.

⁵¹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., note 31, p. 99.

⁵² A. VIALA, *Philosophie du droit*, op. cit., note 5, p. 163.

⁵³ Une approche similaire sera observable dans le positivisme sociologique ; *ibidem*, p. 147.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 163 ; V. RODRIGUEZ-BLANCO, « Objectivity in Law », op. cit., note 18, p. 240.

⁵⁵ A. VIALA, *Philosophie du droit*, op. cit., note 5, p. 68 ; S. GOYARD-FABRE, « La déclaration des droits ou le devoir d'humanité: une philosophie de l'espérance », *Droits*, 1988, n°8, p. 41.

doivent être déduits par la raison et intégrés dans le droit positif selon une démarche normative et volontariste.

Dans un premier temps, le jusnaturalisme moderne s'affranchit du conservatisme du droit naturel ancien à travers une série de révolutions conceptuelles (universalistes, humanistes et volontaristes) et, surtout, par des déplacements multiples de la source normative de ce droit naturel⁵⁶. Comme évoqué précédemment, le droit naturel ancien est caractérisé par l'hétéronomie conservatrice des « lois naturelles » qui découlent de la nature des choses et de l'ordre et la classification du monde⁵⁷. Reflétant un ordre hiérarchique et conservateur, ces lois naturelles peuvent s'adapter en fonction des Cités et des êtres qui composent le monde. Située dans la *physis* gréco-romaine, la raison (le *logos*, le divin) devient ensuite associée à un Dieu universel, extérieur et transcendant dans l'approche judéo-chrétienne, avant de s'incarner finalement dans l'individu et dans la raison humaine avec le droit naturel moderne⁵⁸.

Synthétisant plusieurs influences antérieures, Grotius affirme que le droit naturel doit être conforme à la volonté de Dieu, mais qu'il resterait valide même si Dieu n'existait pas ou ne s'occupait pas des affaires humaines⁵⁹. Par cette argumentation, Grotius établit l'existence du droit naturel indépendamment de sa source divine, en soutenant que la rationalité humaine est capable d'appréhender cet ensemble de droits naturels⁶⁰. Ce droit naturel moderne demeure dualiste dans son ontologie, car il désigne une série de droits à la fois immanents à la nature humaine et externes au droit positif, qui peuvent être déduits par la raison humaine⁶¹. En ouvrant une nouvelle porte à l'argument épistocratique ou justocratique, la raison humaine devient le moyen privilégié pour appréhender ce métamonde du droit naturel⁶².

En se détachant de l'ancrage dans la nature et le divin, cette philosophie moderne du droit place l'individu au centre de sa démarche et

⁵⁶ A. VIALA, *Philosophie du droit*, op. cit., note 5, p. 33, 63.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2012, § 11 ; L. STRAUSS, « Le droit naturel », op. cit., note 43, p. 462 ; J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., note 48, p. 43.

⁶⁰ A. VIALA, *Philosophie du droit*, op. cit., note 5, p. 63 ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., note 31, p. 547.

⁶¹ H. KELSEN, « Le positivisme juridique et doctrine du droit naturel », op. cit., note 19, p. 143 ; R. WACKS, *Understanding Jurisprudence*, op. cit., note 22, p. 16.

⁶² M. TROPER, « Le jusnaturalisme au fondement des prétentions épistocratiques des juristes », in *Demain, l'épistocratie?*, A. Viala (dir.), Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2022, p. 51-67.

postule l'existence de droits subjectifs propre à sa nature humaine⁶³. Cette posture est à nouveau dualiste, car elle distingue du droit positif un ensemble de droits immanents, abstraits et universels attribués aux individus⁶⁴.

Pour reprendre la formule kantienne, il y a un passage du droit naturel au « droit rationnel », car il se détache de toute substance sensible et de tout objectivisme des « lois de la nature » issues de la *physis* ancienne, pour ne s'incarner que dans la raison humaine et dans des figures abstraites, universelles et intemporelles⁶⁵. Posant un droit déduit de la raison pure, le droit naturel moderne impose un universalisme rigide, incapable de permettre les particularismes du droit naturel ancien⁶⁶.

Contre l'hétéronomie du droit naturel ancien, le jusnaturalisme moderne contribue à un projet d'autonomie politique : il ne s'agit plus d'une contemplation passive de la nature objective, mais d'une politique volontariste où la raison doit saisir ces droits (à la fois immanents à la nature humaine et externes à toute construction sociale) et où la législation a le devoir de les protéger⁶⁷. Enfin, c'est sur cette base individualiste que l'égalité abstraite entre les individus, les droits humains universels et l'approche du contrat social sont justifiés⁶⁸. Toutefois, ces universaux restent des fictions agissantes qui répondent aux exigences morales des privilégiés d'une époque déterminée. En pratique, ces principes étaient réservés à une fraction restreinte de la population et pouvaient se conformer à des discriminations transversales⁶⁹.

Dans les approches contemporaines du droit naturel, la persistance du dualisme ontologique est visible malgré l'adoption de méthodes du

⁶³ J. VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, vol. 1, 2020, p. 177 ; A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, note 5, p. 62.

⁶⁴ A. VIALA, *ibidem*, p. 63, 8 ; S. GOYARD-FABRE, « La déclaration des droits ou le devoir d'humanité : une philosophie de l'espérance », *op. cit.*, note 55, p. 41.

⁶⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, note 31, p. 50 ; S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, *op. cit.*, note 27, p. 112.

⁶⁶ En effet, le droit naturel conservait une certaine « souplesse », où les lois de la Cité pouvaient varier, tout en s'inscrivant dans un ordre hiérarchique clos et organisé ; A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, note 5, p. 63 ; S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992, p. 54 ; M. TROPER, *La philosophie du droit*, *op. cit.*, note 17, p. 17.

⁶⁷ A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, note 5, p. 63.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 65.

⁶⁹ A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, note 5, p. 50 ; C. PATEMAN, *Le contrat sexuel*, trad. C. Nordmann, Paris, La Découverte, 2010 ; C. W. MILLS, *The Racial Contract*, New York, Cornell University Press, 2014 ; N. FRASER, « Repenser l'espace public : une contribution à la critique de la démocratie réellement existante », in *Où en est la théorie critique ?*, E. Renault et Y Sintomer (dir.), Paris, La Découverte, 2003, p. 103.

positivisme juridique⁷⁰. En effet, subsiste la conviction dualiste de l'existence d'un « méta-monde » contenant des règles éthiques ou des principes de droit aux caractéristiques du droit naturel, qui existent en dehors du droit positif et conservent une dimension normative. Nous présenterons quelques manifestations de ce dualisme dans la pensée du droit naturel contemporain avant d'examiner sa dimension normative.

En guise de premier exemple, Dworkin introduit une forme de retour au droit naturel avec des principes moraux et des principes de droit (comme le principe de continuité jurisprudentielle) qui accompagnent l'interprétation juridique⁷¹. Il cite le procès Elmer comme exemple : en l'absence de disposition légale explicite, les juges ont interprété la « vraie » loi pour écarter celui qui assassine son testateur craignant qu'il ne change le testament en sa défaveur⁷². Ainsi, Dworkin reconnaît l'existence de jugements moraux en amont du raisonnement juridique : une forme d'arrière-monde éthique qui conserve une place essentielle dans la recherche d'une solution juridique⁷³. Avec un raisonnement similaire, Heller affirme que les raisonnements juridiques, notamment l'interprétation téléologique, sont systématiquement précédés d'une étape de « conceptualisation pré-scientifique » où les éléments de valeurs et les positions éthiques prennent une place incompressible⁷⁴. En outre, Fuller identifie une moralité interne au droit en raison des exigences de légalité formelle et des principes de droit (notamment, l'exigence de clarté, non-contradiction, stabilité) qui portent des fondements éthiques et renforcent la cohésion du pacte social⁷⁵.

Inscrivant clairement ce dualisme ontologique au cœur de son raisonnement, Iris Murdoch estime que les droits humains et les droits naturels peuvent devenir effectifs précisément parce qu'ils se situent en

⁷⁰ R. WACKS, *Understanding Jurisprudence*, *op. cit.*, note 22, p. 16 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16 ; C. GIRARD, *Le fondement du droit comme pratique du droit naturel : entre technique jurisprudentielle et théorie de la connaissance du droit*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2022, p. 439.

⁷¹ D. RONALD, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 18 ; C. STOLKER, *Rethinking the Law School: Education, Research, Outreach and Governance*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015, p. 201.

⁷² *Affaire Riggs vs Palmer*, 115 NY 506, 22 NE 188, 1889 ; R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, note 71, p. 17.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ H. HELLER, *La crise de la théorie de l'État*, vol. 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 35 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 8, p. 158.

⁷⁵ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, Revised Edition, 1969, p. 96 ; J. VAN MEERBEECK, « Lon Fuller, le jusnaturaliste procédural », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 80, 2018, n° 1, p. 152.

dehors de tout système empirique⁷⁶. Strauss adopte une posture comparable admettant qu'il existe une norme ontologique du juste et de l'injuste qui est distincte et supérieure au droit positif⁷⁷. De même, la théorie de la justice de John Rawls intègre également des arguments dualistes, dans la mesure où le « voile d'ignorance » et les principes d'égalité et de différence découlent de ce dualisme ontologique⁷⁸.

Encore, la légitimité procédurale d'Habermas peut également être interprétée comme une manifestation d'un « droit naturel de la communication », postulant une prééminence et une universalité de l'éthique communicationnelle comme seul point fixe⁷⁹. Justifiant une objectivité qui pourrait être procédurale, Habermas défendra ce « point fixe » avec la maxime selon laquelle « sont valides strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes concernées, d'une manière ou d'une autre, pourraient se mettre d'accord en tant que participants à des discussions rationnelles »⁸⁰. Bien que cela ne sera pas plus développé dans le cadre de cet article, cette approche risque cependant d'idéaliser la discussion délibérative en ignorant les stratégies rhétoriques et rapports de force, notamment l'argument épistocratique, qui, en prétendant à une vérité objective aux dimensions platoniciennes, peut se positionner comme un « meilleur argument »⁸¹.

Enfin, ce « méta-monde » du droit naturel est parfois envisagé comme précédant le droit positif ou comme condition du droit positif⁸². Par exemple, Kauffmann ou Wittgenstein considèrent que le droit se place dans un contexte linguistique, culturel et métaphysique et qu'il ne peut être compris qu'à

⁷⁶ I. MURDOCH, *Sartre: Romantic Rationalist*, New York, Vintage, 1999, p. 32 ; K. LADD, « Faits, valeurs, normes : Y a-t-il une vérité du droit ? (Putnam critique de Habermas) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 89, 2022, n° 2, p. 121.

⁷⁷ L. STRAUSS, « Le droit naturel », *op. cit.*, note 43, p. 455.

⁷⁸ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999 ; J. MANDLE, *Rawls's « A Theory of Justice »: An Introduction*, coll. Cambridge Introductions to Key Philosophical Texts, Cambridge University Press, 1^{re} éd., 2009.

⁷⁹ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 111.

⁸⁰ J. HABERMAS, *Droit et démocratie : Entre faits et normes*, trad. C. Bouchind-homme et R. Rochlitz, Paris, Gallimard, 1997, p. 123.

⁸¹ C.I. ACCETTI, « La normativité démocratique, entre vérité et procédures », *Raisons politiques*, vol. 55, 2014, n° 3, p. 96 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 109-117.

⁸² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 1, p. 116 ; A. VIALA, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, 2011, n° 2, p. 117.

condition de le lier à son contexte⁸³. Un autre exemple, Lejbowicz envisage le droit naturel comme source première du droit international positif :

Le droit naturel est un droit de raison, on s'y réfère pour invoquer l'origine et le critère du droit positif, ce à partir de quoi peut et doit se construire en toute justice le droit positif ; son caractère naturel a donc une antériorité radicale, et cette antériorité n'est pas chronologique, elle est métaphysique, mais aussi épistémologique⁸⁴.

Ces quelques illustrations témoignent d'une continuité de l'ontologie dualiste dans les approches contemporaines du droit naturel, qui impliquera en général une dimension normative. En fait, les méthodes et les pratiques propres au droit naturel vont mobiliser ces éléments dualistes et arguments extérieurs pour confronter le droit positif. D'une part, la philosophie du droit, prise comme méthodologie juridique, combine une approche à la fois descriptive et normative de son objet de recherche. Avec cette méthode, le droit existant est identifié et comparé à un ordre normatif externe à lui, conçu en termes de devoir-être⁸⁵. D'autre part, la rhétorique dualiste se retrouve aussi dans la pratique du droit, avec des concepts incluant notamment la dignité humaine, les droits humains et l'invocation de la nature⁸⁶. Par exemple, dans une certaine écologie politique, l'argument dualiste se retrouve dans l'appel à la « nature » et ses limites planétaires pour critiquer le droit positif⁸⁷. Dans une démarche qui rappelle l'argumentation épistémologique, nous identifions cette rhétorique dualiste mêlant droit naturel et autorité savante dans le « Droit de la Terre » de Cabanes :

La première étape normative vers un Droit de la Terre devrait (...) être de reconnaître les *limites planétaires* comme des normes auxquelles *l'humanité devrait se conformer*. Des normes que le corps politique *ne peut pas négocier*, qui ne peuvent pas faire l'objet d'une adhésion laissée à la discrétion des États et qui ne seraient pas assujetties à une justice aux prises avec le principe de souveraineté nationale. *Ces normes sont à définir et à redéfinir dans le temps par la science, selon ses avancées, mais elles doivent*

⁸³ A. KAUFMANN, « Par-delà le droit naturel et le positivisme juridique vers l'herméneutique juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 82, 2019, n° 1, p. 61-71 ; P. COPPENS, « L'apport de Wittgenstein à la philosophie du droit », in *Liber Amicorum Xavier Dieux*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1526.

⁸⁴ A. LEJBOWICZ, « I. Éléments de droit », in *Philosophie du droit international*, Paris, PUF, 1999, p. 17.

⁸⁵ O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2017, p. 35.

⁸⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 111 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 201.

⁸⁷ D. BOURG, « Droits de l'homme et écologie », *Esprit*, vol. 185, 1992, n°10, p. 87 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 203.

*pouvoir s'imposer à tous au nom de la préservation de la sûreté de la planète*⁸⁸.

Dans cet extrait, la nature est prise en tant qu'autorité normative. Il y a une posture dualiste qui rappelle le réalisme aristotélicien, impliquant la découverte de lois biologiques (comme un élément de fait) et de s'y soumettre selon un principe d'hétéronomie⁸⁹.

Précisons que notre intention ici n'est pas d'évaluer la justesse ou la vérité de ces arguments, mais de signaler un risque de dérive épistocratique, où les éléments descriptifs et prescriptifs se confondent⁹⁰. Or, étant donné que le droit naturel présente une ontologie dualiste aux dimensions normatives, ces arguments « de vérités » ou « de la nature » pourraient être intégrés en droit avec une autorité certaine.

À l'inverse, un raisonnement suivant les doctrines du positivisme juridique opposerait à l'argument épistocratique la distinction entre les faits et les valeurs ; et face à ce mélange entre prescriptif et descriptif, rappellerait la loi de Hume, selon laquelle il n'est pas possible de déduire un devoir-être à partir d'un être⁹¹. Cependant, une telle approche semble insuffisante face aux situations « hybrides »⁹² et aux discours qui peuvent les entourer, lesquels, indépendamment de leur possible véracité, sont nécessairement situés et partiels⁹³. En effet, les approches sociales des sciences appellent à rester critique face aux prétentions d'objectivités et d'externalités des discours de savoir, et à s'interroger sur « qui parle au nom » de la nature et au nom de quelles valeurs ?⁹⁴ Dans la négative, cette nature peut être utilisée pour justifier tout et son contraire, masquant des jugements de valeur derrière un ordre soi-disant objectif⁹⁵. Une pareille précaution ne semble pas atteignable avec l'application stricte du positivisme juridique qui, comme nous le développerons, envisage ces discours sur les faits soit comme des éléments

⁸⁸ V. CABANES, *Un nouveau droit pour la Terre. Pour en finir avec l'écocide*, Paris, Le Seuil, 2016, p. 267.

⁸⁹ J. BÉTAILLE, « L'argument scientifique dans le contentieux de la responsabilité environnementale », *RDP*, vol. 2, 2023, p. 350.

⁹⁰ D. HARAWAY, *Simians, Cyborgs, and Women*, *op. cit.*, note 14, p. 43.

⁹¹ J. BÉTAILLE, « L'argument scientifique dans le contentieux de la responsabilité environnementale », *op. cit.*, note 89, p. 350 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 203.

⁹² Ce terme désigne des « malentendus » modernes, des situation comme le trou dans la couche d'ozone ou la crise de la vache folle, qui brouillent les pistes entre nature et culture, sujet et objet ; B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, *op. cit.*, note 3, p. 57.

⁹³ A. BOISGONTIER, « Neutralité scientifique, neutralité juridique ? La prise en charge de l'intersexuation appréhendée dans le cadre de la loi de bioéthique », *La Revue des droits de l'homme*, 2023, n° 24, p. 8 ; B. LATOUR, *ibidem*, p. 45.

⁹⁴ B. LATOUR, *Politiques de la nature*, *op. cit.*, note 3, p. 50.

⁹⁵ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 203.

normatifs (positivisme sociologique) soit comme des éléments externes et indiscutables (positivisme juridique).

2. Le positivisme juridique et ces deux manifestations du dualisme moderne

La seconde partie de notre argumentation est consacrée au positivisme juridique, une approche du droit qui s'est développée au XIX^e siècle, et qui est devenue une méthode prédominante dans les sciences juridiques⁹⁶.

Contrairement au dualisme normatif du droit naturel, le positivisme juridique évalue la validité des normes principalement sur la base de critères formels, en isolant le droit « pur » des éléments qui lui sont étrangers, tels que la nature, la morale ou la science⁹⁷. Dans cette voie, l'approche que propose Kelsen considère que le positivisme juridique ne doit reconnaître de valeur juridique qu'au droit positif, c'est-à-dire à l'ensemble des règles et normes (législatives, judiciaires, coutumières, etc.) valablement créées par les êtres humains⁹⁸. Dans son modèle de hiérarchie des normes, une règle de droit est valide non pas en vertu de son contenu moral, mais parce qu'elle est conforme à une norme supérieure, jusqu'à remonter à la « norme fondamentale » (*Grundnorm*)⁹⁹.

Bien que nous nous appuyions sur les thèses de Kelsen pour aborder le positivisme juridique, rappelons que diverses tendances existent. On distingue, par exemple, le positivisme juridique strict (habituellement appelé *hard positivism*) de son approche modérée (*soft positivism*), développée au XX^e siècle par Hart¹⁰⁰. Tandis que le positivisme strict est critiqué pour son incapacité à prévenir l'adoption de lois moralement injustes ou à faire face

⁹⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., note 16, p. 97 ; R. WACKS, *Understanding Jurisprudence*, op. cit., note 22, p. 57, 77.

⁹⁷ H. KELSEN, « Le positivisme juridique et doctrine du droit naturel », op. cit., note 19, p. 141 ; M. TROPER, *La philosophie du droit*, op. cit., note 17, p. 20 ; R. WACKS, *Understanding Jurisprudence*, op. cit., note 22, p. 80.

⁹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 1 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., note 16, p. 114 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, op. cit., note 1, p. 46.

⁹⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., note 98, p. 1 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 371.

¹⁰⁰ H. HART, *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, Clarendon Law, 2^e éd., 1994, p. 264 ; B. LEITER, « Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis », in *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'The Concept of Law'*, J. L. Coleman (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 353 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., note 1, p. 157 ; M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 34.

aux dérives totalitaires¹⁰¹, le *soft positivism* reconnaît que le droit positif peut inclure des éléments moraux, comme les droits humains, dans les conditions de validité des normes, lorsque ces éléments sont intégrés dans le droit positif existant¹⁰².

Si le positivisme juridique se place en rupture avec le dualisme du droit naturel, nous pensons qu'il dépend et même renforce une autre forme de dualisme, que nous appelons le « dualisme moderne ». Comme nous le présenterons, ce dualisme moderne constitue à la fois une méthode et une conséquence ontologique du programme épistémologique du positivisme développé par le Cercle de Vienne (A)¹⁰³. Face à l'argument épistocratique, deux manifestations peuvent se distinguer dans ce dualisme moderne. Radicalement épistocratique, le « positivisme sociologique » traitera ces discours scientifiques sur l'être comme des discours prescriptifs, exportant leurs champs d'application au domaine des valeurs et du devoir-être (B). Posant une série de précautions méthodologiques (en particulier la réaffirmation du dualisme entre l'être et le devoir-être, et le respect de la neutralité axiologique), le positivisme juridique de Kelsen tentera d'atténuer le normativisme de ce dualisme ontologique. Néanmoins, cette approche participera à un mouvement plus large, qui réifiera ce dualisme moderne en considérant ces éléments comme objectifs, neutres et indiscutables (C).

A. Aux sources du dualisme moderne : le moment positiviste

L'approche du positivisme juridique est directement influencée par le positivisme logique et ses impacts sur les théories philosophiques, scientifiques et sociologiques¹⁰⁴. Inspiré par les idées d'Auguste Comte et par les membres du Cercle de Vienne, tels que Rudolf Carnap, Moritz Schlick, ou encore Philipp Frank, le positivisme logique soutient que les énoncés scientifiques doivent être fondés sur l'observation empirique¹⁰⁵.

¹⁰¹ D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 266 ; D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994 ; M. TROPER, *La philosophie du droit*, op. cit., note 17, p. 21 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., note 16, p. 154.

¹⁰² M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, op. cit., note 100, p. 34 ; H. HART, *The concept of law*, op. cit., note 100, p. 252 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, op. cit., note 99, p. 373.

¹⁰³ A. VIALA, « Le positivisme juridique », op. cit., note 82, p. 108.

¹⁰⁴ L. GREEN, « Positivism, Realism and Sources of Law », in *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, P. Mindus et T. Spaak (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge Companions to Law, 2021, p. 39-60.

¹⁰⁵ R. CARNAP et al., *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits : Carnap - Hahn - Neurath - Schlick - Waismann - Wittgenstein*, Paris, PUF, 1985 ; I. STENGERS, *L'invention des sciences modernes*, op. cit., note 7, p. 34 ; A. VIALA, « Le positivisme juridique », op. cit., note 82, p. 110.

L'objectif de ce mouvement est de purifier les sciences des propositions dépourvues de contenu empirique, c'est-à-dire de celles qui ne peuvent pas être dérivées des faits par un raisonnement logique¹⁰⁶. Selon cette approche, l'activité scientifique devient résolument empiriste, se fondant exclusivement sur l'expérience et rejetant toute forme de spéculation métaphysique, telle que les questions relatives à l'existence de Dieu, à la morale ou au droit naturel¹⁰⁷. Dès lors que la métaphysique ne peut être vérifiée par l'expérience empirique, elle est jugée non pertinente sur le plan scientifique. Plus particulièrement, les énoncés métaphysiques ne sont pas évalués comme étant vrais ou faux, mais comme dépourvus de significations empiriques, et sont considérés comme de faux problèmes pour la philosophie¹⁰⁸. Comme le résume Stengers, la démarche scientifique positiviste opère par une série de disqualifications et de purifications en rejetant toute spéculation non scientifique, y compris les questions relatives aux valeurs¹⁰⁹.

En outre, le positivisme impose également des obligations aux scientifiques, qui doivent mettre leurs valeurs de côté pour garantir l'objectivité de leurs énoncés et la pureté des faits observés. Dans cette voie, Weber prescrit le respect de la neutralité axiologique (*Wertfreiheit*). Pour lui, les sphères sociales sont productrices de valeurs et d'irrationalité, et par conséquent, les scientifiques doivent faire le choix actif de s'en distancier¹¹⁰. Par ce processus de purification et le respect de la neutralité axiologique, ces faits sont considérés comme extérieurs à tout contexte politique et à tout élément de valeur¹¹¹. Ainsi, le suivi des méthodes positivistes permet de découvrir des « faits objectifs » autonomes et qui peuvent être scientifiquement expliqués. Finalement, la démarche positiviste prétend poser les faits de manière neutre et objective, et par ce processus de purification, elle considère offrir une vision du monde supérieure¹¹².

Sur la base de ces principes méthodologiques, le positivisme logique hypostasie le dualisme moderne en distinguant une série d'éléments : d'une part, les éléments « indiscutables », issus directement de la sensation ou de l'expérimentation, et d'autre part, les éléments « discutables », tels que la

¹⁰⁶ I. STENGERS, *L'invention des sciences modernes*, op. cit., note 7, p. 36.

¹⁰⁷ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, op. cit., note 1, p. 46.

¹⁰⁸ R. CARNAP, *La construction logique du monde*, Paris, Vrin, 2002, p. 81.

¹⁰⁹ I. STENGERS, *L'invention des sciences modernes*, op. cit., note 7, p. 33.

¹¹⁰ A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », in *Demain, l'épistocratie ?*, A. Viala (dir.), Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2022, p. 77.

¹¹¹ B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, op. cit., note 3, p. 26 ; I. STENGERS, *L'invention des sciences modernes*, op. cit., note 7, p. 29.

¹¹² A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », op. cit., note 110, p. 75 ; P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, op. cit., note 2, p. 132 ; L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, op. cit., note 15, p. 32.

théorie, l'interprétation, les opinions et les valeurs¹¹³. Ce dualisme moderne a des implications épistocratiques concrètes, car les discours et arguments scientifiques prétendent à une externalité, une objectivité et dans certains cas, une autorité. Plus précisément, deux manifestations de ce dualisme moderne peuvent être distinguées.

Une première manifestation de ce dualisme moderne, plus radicalement épistocratique, se retrouve dans le « positivisme sociologique »¹¹⁴. Suivant la tradition comtienne, le positivisme sociologique postule une hégémonie du discours scientifique et de la méthode positiviste, pouvant s'appliquer également au domaine des valeurs et de la psyché humaine¹¹⁵. En subordonnant le devoir-être à l'être, le positivisme sociologique devient épistocratique, car les discours savants seraient amenés à prescrire les comportements humains en déterminant scientifiquement sa « réalité sociale » observable dans les « phénomènes sociaux », subordonnant ainsi les lois humaines aux découvertes des lois scientifiques¹¹⁶.

Une seconde manifestation de ce dualisme se retrouve dans le positivisme juridique de Kelsen, qui refuse toute normativité du discours savant en réaffirmant un dualisme strict entre être et devoir-être, et en imposant le strict respect de la neutralité axiologique¹¹⁷. Néanmoins, cette approche conduit à renforcer l'objectivité prétendue et l'indissociabilité de ces éléments externes. Nous qualifions cette deuxième manifestation du dualisme moderne d'« indiscutable », car elle consolide une séparation nette entre, d'un côté, le monde discutable correspondant au politique, aux valeurs, au social, à la culture, et, de l'autre, un monde externe et indiscutable qui englobe la nature, l'objectif, et la science¹¹⁸.

B. L'épistocratie radicale du positivisme sociologique

Le positivisme sociologique, influencé par le scientisme du XIX^e siècle et coïncidant avec l'essor des sciences sociales, représente un projet intellectuel visant à appliquer les méthodes scientifiques à tous les aspects de la société, y compris les domaines politiques, moraux et juridiques. Alors que le positivisme prétend s'opposer au droit naturel et à ces méthodes, nous

¹¹³ B. LATOUR, *Politiques de la nature*, *op. cit.*, note 3, p. 356.

¹¹⁴ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 53?

¹¹⁵ P. AMSELEK, « La loi au carrefour du savoir et du pouvoir », in *Demain, l'épistocratie ?*, A. Viala (dir.), Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2022, p. 46.

¹¹⁶ A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 99.

¹¹⁷ A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », *op. cit.*, note 110, p. 80.

¹¹⁸ B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, *op. cit.*, note 3, p. 46 ; G. DE VRIES, *Bruno Latour. Une introduction*, trad. F. Courtois-L'Heureux, Paris, La Découverte, 2018, p. 155.

argumentons que ces mouvements vont paradoxalement partager une ontologie commune. En effet, le positivisme sociologique s'inscrit dans une ontologie dualiste aux dimensions normatives. Selon cette approche, il y a des vérités scientifiques et des faits sociaux, qui existent en dehors du droit positif et qui s'imposent à lui. Le raisonnement qui mène à ce dualisme normatif est néanmoins différent.

Contrairement aux précautions de Dilthey et Weber, pour qui les valeurs ou la psyché humaine échappent à toute prétention explicative et empirique, le positivisme comtien prétend à une hégémonie des sciences et à la rationalisation de tous les domaines de la société¹¹⁹. Par conséquent, le positivisme sociologique considère que toutes les activités politiques et juridiques peuvent être analysées et anticipées par la science positive. Par exemple, le projet de Durkheim visait à expliquer les questions métaphysiques à partir d'une perspective sociologique et empirique afin de construire une *Physique des mœurs et du droit*¹²⁰. C'est ainsi que la science positive, selon l'optimisme scientifique de Comte, est appelée à devenir le seul mode d'explication pour l'ensemble des faits sociaux : les humains seraient causalement déterminés, et il serait possible de déduire leurs comportements à partir des lois positives de la biologie, de la physique ou des mathématiques¹²¹.

Cette hégémonie des sciences provoque donc des conséquences politiques et juridiques. En effet, le positivisme sociologique attribue à la science une dimension normative, conduisant à des dérives épistocratiques¹²². Ce courant s'inscrit dans l'ambition d'Auguste Comte de faire entrer l'humanité dans « l'âge positif » où la science serait la méthode pour comprendre le monde, mais aussi le transformer¹²³. Plus qu'une méthodologie, le positivisme se présente comme une idéologie affirmant que la science incarne « le stade ultime de l'histoire humaine », où elle deviendrait le seul mode d'explication du monde, et serait même appelée à prendre le pas sur les approches politiques ou religieuses¹²⁴. Pour un autre exemple de cet optimisme scientiste, Victor Hugo avait affirmé que : « la jonction sera faite

¹¹⁹ DILTHEY WILHELM, *Critique de la raison historique ; introduction aux sciences de l'esprit et autres textes / Wilhelm Dilthey ; présentation, traduction et notes par Sylvie Mesure*, Paris, Les Éditions du Cerf, Oeuvres de Dilthey, 1992 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 47.

¹²⁰ A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », *op. cit.*, note 110, p. 76.

¹²¹ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 51.

¹²² A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », *op. cit.*, note 110, p. 71.

¹²³ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 46.

¹²⁴ J. HABERMAS, *Knowledge and Human Interests*, trad. J.J. Shapiro, Londres, Heinemann, 1974, p. 4 ; A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », *op. cit.*, note 110, p. 71.

entre ce qui doit être et ce qui est, la tribune politique se transforma en tribune scientifique »¹²⁵.

En ce qui concerne le domaine juridique, le positivisme sociologique est visible dans la doctrine de François Gény, Georges Gurvitch et Léon Duguit, illustrant bien une invasion du droit par le fait¹²⁶. Dans cette perspective, Duguit attribue un rôle normatif à la science, en présentant aux pouvoirs législatifs les règles qui s'imposent à eux, ce qu'ils doivent faire et ne pas faire¹²⁷. En quelque sorte, la sociologie doit découvrir les lois générales du monde et est appelée à guider la transformation du droit positif. Suivant cette approche scientifique du droit, celui-ci « devrait faire l'objet, non pas de procédures arbitraires d'édiction, mais de découvertes scientifiques rigoureuses [et] la sociologie devrait ainsi être appelée à supplanter le pouvoir politique et ses méthodes archaïques d'élaboration des lois juridiques »¹²⁸. Tout en se définissant comme réaliste, la posture du positivisme sociologique est prescriptive et idéaliste, car le siège de la normativité se trouve dans les faits sociaux qui sont sacralisés¹²⁹.

Pour résumer, le positivisme sociologique postule que l'approche scientifique s'applique à l'ensemble des activités humaines, y compris le domaine des valeurs, les activités politiques et juridiques. Il reconnaît l'existence de faits sociaux et de réalités scientifiques que l'activité législative doit découvrir puis retranscrire en droit positif. Méprisant toute distinction entre être et devoir-être, cette approche considère que tout jugement de valeur peut être scientifiquement déduit d'un jugement de fait, et que tout le domaine du devoir-être serait déductible de la connaissance de l'être¹³⁰. Comme le critique Amselek, c'est un « rêve fou » qui considère la création politique du droit comme devant faire l'objet de découvertes scientifiques¹³¹. De cette manière, le positivisme sociologique fait le pas vers l'épistocratie radicale en attribuant aux arguments scientifiques une autorité normative, et par conséquent, en soumettant dangereusement l'activité politique et

¹²⁵ *Ibidem*, p. 76.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 79 ; S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, *op. cit.*, note 66, p. 169.

¹²⁷ L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003 ; A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », *op. cit.*, note 110, p. 81 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 151.

¹²⁸ P. AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 9.

¹²⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 20 ; A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », *op. cit.*, note 110, p. 75.

¹³⁰ A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, note 5, p. 70 ; A. PETIT, *Le système d'Auguste Comte de la science à la religion par la philosophie.*, Paris, Vrin, 2016 ; A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 67.

¹³¹ P. AMSELEK, *Théorie du droit et science*, *op. cit.*, note 128, p. 9 ; A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 59.

démocratique à l'autorité de la science¹³². Un tel pas que le positivisme de Kelsen ne fera pas, selon l'argumentation de Viala¹³³. Pour lui, Kelsen se distingue du positivisme sociologique par une série de précautions méthodologiques : d'une part, par la réaffirmation d'un dualisme entre l'être et le devoir-être et, d'autre part, par le respect de la neutralité axiologique¹³⁴.

C. Un dualisme moderne et indiscutable avec le positivisme juridique

En tant que théorie et science du droit, le positivisme juridique de Kelsen se pose en rupture avec les principes et méthodes du droit naturel, et en particulier avec son dualisme normatif. Cette approche se pose aussi en réponse aux dérives épistocratiques du positivisme sociologique. Néanmoins, et paradoxalement, le positivisme juridique consolide le dualisme moderne en réaffirmant une série de dichotomies modernes, notamment entre le droit « pur » des éléments qui lui sont externes, les faits et les valeurs, l'être et le devoir-être¹³⁵.

Dans cette dernière partie, nous expliquerons comment le dualisme moderne se manifeste dans la théorie du droit et la science du droit de Kelsen (1), puis développerons la dimension « indiscutable » de ce dualisme (2).

1. Kelsen et le dualisme moderne en (science du) droit

Influencé par le Cercle de Vienne, Kelsen propose d'appliquer les méthodes empiriques pour fonder une théorie du droit, traité comme un objet positif, ainsi que pour élaborer une théorie de la connaissance de ce droit¹³⁶. Par conséquent, cette théorie du droit rompt avec les approches métaphysiques de la philosophie du droit et du droit naturel, qui, en traitant de la théorie de la justice ou des jugements de valeur, s'égareraient dans la recherche d'objets dépourvus de sens empirique.

À l'inverse, Kelsen affirme que le positivisme comme une *Théorie pure du droit* doit se limiter à une description empirique du droit positif, c'est-à-dire à la description de la structure de l'ordre juridique établi par les êtres

¹³² A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », *op. cit.*, note 110, p. 82.

¹³³ *Ibidem*, p. 75 ; A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 100.

¹³⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 111.

¹³⁵ H. KELSEN, « Justice et droit naturel », in *Annales de philosophie politique*, vol. 3, PUF, 1959, p. 68 ; A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 100 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 126.

¹³⁶ H. KELSEN, « Réponse à l'enquête de Michel Villey, "Qu'est ce que la philosophie du droit?" », *Archive de philosophie du droit*, vol. 7, 1962, p. 131 ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 45.

humains¹³⁷. Ainsi, le positivisme juridique va « purifier » le droit en tant qu'objet positif, dénué de transcendance et de tout élément externe comme la morale, la nature ou la science¹³⁸. Par principe méthodologique, le positivisme juridique s'oppose au dualisme normatif du droit naturel, où des éléments externes (comme la volonté divine, l'immanence naturelle, ou la moralité) peuvent constituer la source du droit ou son critère d'évaluation¹³⁹. Pourtant, le positivisme juridique de tradition kelsénienne défend également une ontologie dualiste : il cloisonne le monde du droit en dehors des éléments qui lui sont externes.

En premier lieu, ce positivisme juridique peut se comprendre comme un système dualiste fermé, où le droit aurait une autonomie par rapport aux valeurs ou aux autres domaines de la société. En effet, les normes de droit positif sont isolées de tout élément externe, et la validité d'une norme juridique est évaluée à la lumière d'une autre norme, et non en fonction d'éléments étrangers (comme la morale ou la vérité)¹⁴⁰. Reprenant la dichotomie entre « être » (*Sein*) et « devoir-être » (*Sollen*), Kelsen considère que la norme juridique correspond à un devoir-être (*Sollen*), isolé ontologiquement de l'acte de volonté dont cette norme est la signification¹⁴¹. C'est également en vertu de cette autonomie par rapport aux autres sphères sociales que le droit régule sa propre création et application¹⁴². Tenant compte de ces exemples, nous pouvons conclure que ce système fermé est ontologiquement dualiste, car il postule l'existence de normes dans un détachement total vis-à-vis de l'univers des faits¹⁴³.

Allant plus loin, cette théorie implique une forme de passage obligé par la métaphysique pour justifier l'existence du droit comme une sphère

¹³⁷ H. KELSEN, « Le positivisme juridique et doctrine du droit naturel », *op. cit.*, note 19, p. 141.

¹³⁸ N. BOBBIO, « Kelsen Et Les Sources Du Droit », *op. cit.*, note 18, p. 136 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 111 ; A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 95.

¹³⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, note 98, p. 23 ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, note 136, p. 45 ; A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 95.

¹⁴⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, note 98, p. 23 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 126 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, note 99, p. 371 ; M. I. NIEMI, « Objective Legal Reasoning-Objectivity Without Objects », in *Objectivity in law and legal reasoning*, J. Husa et M. Van Hoecke (dir.), Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 73.

¹⁴¹ H. KELSEN, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, note 135, p. 68 ; A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 117.

¹⁴² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, note 98, p. 96 ; N. VANDER PUTTEN, *Indicateurs institutionnels et gouvernance par les nombres*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, p. 475.

¹⁴³ A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 117.

indépendante et autonome par rapport au monde des faits¹⁴⁴. Plus précisément, le système kelsénien avec une hiérarchie des normes ne peut fonctionner qu'à partir d'une « norme fondamentale (*Grundnorm*) ». La *Grundnorm* n'est pas définie comme une norme issue du droit naturel ni du droit positif, mais comme une condition logico-transcendantale de la validité du système juridique positif¹⁴⁵. En basant sa justification sur un dualisme métaphysique, Kelsen peut expliquer l'existence formelle de la norme positive, indépendante du monde empirique¹⁴⁶. Pour Viala, cette représentation du droit « prête à la norme, à l'instar de ce que Platon imputait aux Idées, une essence et une identité ontologique qui ne réside, bien évidemment, que dans sa structure formelle »¹⁴⁷.

Deuxièmement, le positivisme, en tant que science du droit, reprend également ce système dualiste fermé et isole le « droit pur » de tous les éléments qui lui sont étrangers (la morale, la théologie, la science)¹⁴⁸. Pour Kelsen, le droit est analysé comme un système normatif, et la science du droit a pour objet la description de ces normes juridiques¹⁴⁹. Par conséquent, cette science du droit délimite son champ d'application uniquement à la connaissance des normes juridiques, et exclut les disciplines extrajuridiques, telles que la biologie, la morale ou la téléologie¹⁵⁰.

Dans cette voie, Kelsen place la science du droit dans le domaine des sciences sociales, qu'il distingue des sciences de la nature¹⁵¹. Il justifie cette distinction en ancrant sa théorie dans le prolongement du dualisme moderne, en particulier à travers les dichotomies telles que l'être et le devoir-être, les faits et les valeurs, ainsi que la causalité et l'imputation¹⁵². Selon lui, les sciences de la nature s'intéressent à un ensemble d'êtres (*Sein*) reliés par le

¹⁴⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 116 ; A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 117.

¹⁴⁵ A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 99 ; C. GIRARD, *Le fondement du droit comme pratique du droit naturel*, *op. cit.*, note 70, p. 325.

¹⁴⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 47 ; A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 117.

¹⁴⁷ A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 99 ; K. LADD, « Faits, valeurs, normes », *op. cit.*, note 76, p. 136.

¹⁴⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, note 98, p. 95 ; H. HART, *The concept of law*, *op. cit.*, note 100, p. 253 ; R. WACKS, *Understanding Jurisprudence*, *op. cit.*, note 22, p. 58.

¹⁴⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, note 98, p. 104.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 95 ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, note 136, p. 45.

¹⁵¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, note 98, p. 104.

¹⁵² H. KELSEN, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, note 135, p. 83 ; N. BOBBIO et A. MELCER, « Perelman et Kelsen », *Droits*, vol. 33, 2001, n° 1, p. 172 ; A. VIALA, « La dérive épistémologique du premier moment positiviste », *op. cit.*, note 110, p. 72.

principe de causalité, tandis que la norme juridique correspond à un devoir-être (*Sollen*) et est régie par le principe d'imputation¹⁵³.

Par cette distinction entre « être » et « devoir-être », l'approche de Kelsen se place en rupture avec les dérives épistocratiques qui méprisent la loi de Hume – présente à la fois dans le positivisme sociologique et dans le droit naturel¹⁵⁴. Pour le juriste viennois : « cette nature est un ensemble de faits qui sont reliés entre eux selon le principe de causalité, c'est-à-dire comme cause et effet, elle est un être (*Sein*) ; et d'un être on ne peut déduire un devoir (*Sollen*), d'un fait une norme ; aucun devoir ne saurait être immanent à l'être, aucune norme à un fait, aucune valeur à la réalité empirique (...). S'imaginer découvrir ou reconnaître des normes dans les faits, des valeurs dans la réalité, c'est être victime d'une illusion »¹⁵⁵.

Le respect du dualisme entre être et devoir-être limite également la portée de la science du droit¹⁵⁶. En effet, cette distinction entre faits et valeurs se traduit également par le respect d'une neutralité axiologique (*Wertfreiheit*) dans la recherche en droit. Pour rester fidèle aux méthodes positivistes, la science du droit se limite à une approche descriptive (décrire ce qui est) en prenant pour objet d'étude la norme juridique (comme un devoir-être)¹⁵⁷. Contrairement au jusnaturalisme, le positivisme juridique doit se contenter de décrire le droit *de lege lata*. En effet, cette science a pour objectif de déterminer ce qu'est le droit et comment il se forme, sans se demander ce qu'il devrait être ou comment il devrait se former¹⁵⁸. Par conséquent, cette mise à distance permet aux juristes positivistes de décrire et qualifier les faits juridiques de manière objective, universelle, neutre et empiriquement vérifiable¹⁵⁹. Ainsi, le positivisme juridique prétend à la neutralité et à l'objectivité de ses énoncés¹⁶⁰, un postulat vivement remis en cause par les approches critiques du droit (et de la méthodologie du droit).

¹⁵³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, note 98, p. 107.

¹⁵⁴ H. KELSEN, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, note 135, p. 68 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, note 98, p. 8.

¹⁵⁵ H. KELSEN, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, note 135, p. 68 ; E. TARDIVEL, *Morale et Droit*, *op. cit.*, note 50, p. 6.

¹⁵⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 111.

¹⁵⁷ H. KELSEN, « Le positivisme juridique et doctrine du droit naturel », *op. cit.*, note 19, p. 141 ; M. TROPER, *La philosophie du droit*, *op. cit.*, note 17, p. 20 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 108 ; R. WACKS, *Understanding Jurisprudence*, *op. cit.*, note 22, p. 80.

¹⁵⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, note 98, p. 1.

¹⁵⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 47, 111 ; I. BOUCOBZA, « La neutralité axiologique est-elle dépassée ? Propos introductifs », *Revue des droits de l'homme*, 2023, n° 24, p. 1.

¹⁶⁰ A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, note 5, p. 73.

En somme, la théorie du droit et de la science du droit de Kelsen réintègre une série de dichotomies propres au dualisme moderne, particulièrement entre l'être et le devoir-être, les faits et les valeurs, ainsi que les normes juridiques et le non-droit. Au fil des distinctions et disqualifications, le positivisme kelsénien limite son objet d'étude au droit en tant qu'objet positif, pris dans un système fermé et autonome, détaché de tous les éléments moraux¹⁶¹. Ce dualisme fait exister ontologiquement les normes juridiques comme un ensemble de « devoir-être » séparés de tout élément de fait. Inversement, les arguments de la nature et les valeurs sont externes au droit « pur » et ne peuvent pas être pertinents pour la science du droit. Encore, cette science du droit s'inscrit dans ce dualisme moderne, posant une stricte dualité entre être et devoir-être, imposant le respect de la neutralité axiologique, et purifiant la science du droit des autres disciplines non juridiques.

Dans ses travaux sur l'épistocratie, Viala présente ce dualisme moderne et ses composants comme un rempart contre les dérives épistocratiques du positivisme sociologique¹⁶². Bien que cette manifestation kelsénienne du dualisme moderne fournisse des arguments contre toute influence épistocratique formelle dans les sphères juridiques, elle offre néanmoins un argument pour les rendre rhétoriquement « indiscutables ».

2. Le dualisme « indiscutable » du positivisme juridique

En réaffirmant une stricte séparation entre l'être et le devoir-être, et en insistant sur le respect de la neutralité axiologique, l'approche résolument dualiste de Kelsen est présentée comme un rempart contre les dérives normatives et épistocratiques du droit naturel ou du positivisme sociologique¹⁶³.

En premier lieu, le positivisme juridique de Kelsen envisage la nature comme un ensemble de faits, ou d'« êtres », reliés entre eux par le principe de causalité. Inversement, les normes juridiques sont l'expression de valeurs et d'un « devoir-être », et suivant la loi de Hume, ces éléments de « devoir-être » ne peuvent pas être déduits d'un discours de connaissances sur l'être¹⁶⁴.

Suivant l'héritage kantien comme du Cercle de Vienne, Kelsen considère que les valeurs, telles que celles invoquées par le droit naturel ou

¹⁶¹ A. VIALA, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, note 82, p. 11 ; H. KELSEN, « Le positivisme juridique et doctrine du droit naturel », *op. cit.*, note 19, p. 142.

¹⁶² A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ?*, *op. cit.*, note 1, p. 46.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », *op. cit.*, note 110, p. 77.

les concepts de justice absolue, relèvent de la métaphysique. Ces valeurs, ne pouvant être vérifiées ou expérimentées, échappent à la connaissance pratique, laquelle est réservée aux objets de l'expérience empirique. La science du droit doit donc se limiter à une analyse descriptive des normes existantes, sans se perdre dans des jugements de valeur ou des idéaux métaphysiques qu'elle ne pourra saisir empiriquement. Partant, ces valeurs doivent être exclues et ne peuvent être directement appliquées au droit positif¹⁶⁵.

En outre de ce dualisme, Kelsen prescrit le maintien de la neutralité axiologique lors de l'adoption du rôle de positiviste juridique¹⁶⁶. Reconnaissant la séparation entre l'objectivité des faits et l'irrationalité des valeurs, les scientifiques ne peuvent émettre d'énoncés vrais concernant des éléments de valeurs¹⁶⁷. Pour Weber, « une science (...) ne saurait enseigner à qui que ce soit ce qu'il *doit* faire, mais ce qu'il *peut* faire »¹⁶⁸. Dès lors, la neutralité axiologique implique de prendre activement la décision de se distancier de tout élément axiologique afin de produire des énoncés scientifiques objectifs. Le respect de la neutralité axiologique, couplé au dualisme entre la science et la morale, explique donc la réserve du positivisme juridique, qui se limite à un discours descriptif sur son objet¹⁶⁹.

Sur la base des enseignements de Hume, Kant et Weber, le positivisme de Kelsen offre des arguments utiles contre l'épistocratie et permet de refuser toute autorité à ces arguments externes dans les sphères juridiques¹⁷⁰. En quelque sorte, la posture de Kelsen témoigne d'une modestie épistémologique en excluant de sa science du droit les arguments externes (les valeurs, les arguments fondés sur la nature ou les considérations métaphysiques). Il en résulte une posture relativiste prise par le positivisme juridique, suivant l'adage « *Auctoritas facit legem non veritas* »¹⁷¹. En effet, la démarche positiviste isole le domaine juridique de tout élément externe, qu'il s'agisse de discours sur l'être (par exemple, les discours scientifiques) ou de

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 111.

¹⁶⁷ I. BOUCOBSA, « La neutralité axiologique est-elle dépassée ? », *op. cit.*, note 158 ; M. TROPER, *La philosophie du droit*, *op. cit.*, note 17, p. 20 ; C. GAUTIER et M. ZANCARINI-FOURNEL, *De la défense des savoirs critiques. Quand le pouvoir s'en prend à l'autonomie de la recherche*, Paris, La Découverte, 2022, p. 153.

¹⁶⁸ M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris, Presses Pocket, 1992, p. 125 ; R. PONSARD, « La wertfreiheit webérienne : un rempart contre l'épistocratie ? », in *Demain, l'épistocratie*, A. Viala (dir.), Paris, Mare & Martin, 2022, p. 210.

¹⁶⁹ A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », *op. cit.*, note 110, p. 77.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 72.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 81.

discours métaphysiques (par exemple, les notions abstraites de justice)¹⁷². Le positivisme juridique défend ainsi un dualisme moderne en séparant et purifiant la sphère juridique des domaines externes. Cependant, contrairement aux postures normatives du droit naturel ou du positivisme sociologique, il refuse d'accorder une autorité formelle à ces éléments externes.

Pourtant, bien que le positivisme juridique soit formellement anti-épistocratique en refusant l'autorité des éléments externes en droit positif (tels que les valeurs ou les discours scientifiques), nous pensons que cette approche renforcerait paradoxalement l'existence de ces éléments – désormais devenus indiscutables – en droit. En effet, en réaffirmant les dichotomies propres à la « Constitution [ontologique] moderne » comme condition de validité, le positivisme juridique pourrait renforcer l'idée qu'il existe, en dehors du droit, des « faits têtus » qui prendraient leur autonomie¹⁷³. L'application dogmatique de la neutralité axiologique produirait des effets similaires, car elle a pour condition méthodologique l'affirmation de l'existence de faits objectifs comme une réalité indépassable¹⁷⁴.

Dans un projet plus large de compartimentalisation et d'articulation du savoir avec d'autres disciplines positivistes, des arguments scientifiques et « de la nature », qui revendiquent la neutralité, l'objectivité et l'extrasocialité, peuvent néanmoins influencer informellement les raisonnements juridiques¹⁷⁵. En effet, si une vérité « neutre » et « objective » est reconnue en dehors du droit et devient indiscutable sur le plan juridique, alors un discours factuel pourrait être utilisé en droit avec une autorité rhétorique certaine. Autrement dit, dès lors que nous accordons à un discours un statut de neutralité, d'objectivité ou de vérité, il n'a pas besoin d'autorité formelle pour devenir normatif¹⁷⁶.

Dans cette voie, les approches pragmatiques (droit global) et critiques (féministes, décoloniales) du droit vont justement analyser l'utilisation des arguments scientifiques comme une nouvelle forme de normativité¹⁷⁷. De

¹⁷² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., note 16, p. 154.

¹⁷³ B. LATOUR, *Sur le culte moderne des dieux faitiches : Suivi de Iconoclash*, Paris, Les Empêcheurs de Penser en Rond, 2009, p. 46 ; K. HOPPE, « Dependency denial in crisis », op. cit., note 3, p. 4.

¹⁷⁴ L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, op. cit., note 15, p. 53.

¹⁷⁵ P. WALCKIERS, « Les articulations des régimes de vérité et des modes d'existence. Une approche foucauldienne pour analyser les rapports entre science et droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 91, 2023, n° 2, p. 195-220.

¹⁷⁶ D. HARAWAY, *Simians, Cyborgs, and Women*, op. cit., note 14, p. 43.

¹⁷⁷ J. FAVRE, « Épistocratie et droit global », in *Demain, l'épistocratie ?*, A. Viala (dir.), Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2022, p. 202.

plus, les approches critiques du droit, couplées aux approches sociales des sciences, restreignent les prétentions d'objectivité, d'extranéité et de neutralité des sciences (en général), du droit (y compris la loi et le raisonnement des juges), et de la science du droit¹⁷⁸. Par exemple, Whitt a critiqué le langage de la neutralité, de l'objectivité et de la rigueur des sciences, ainsi que du positivisme juridique, pour imposer des situations de domination biocoloniale tout en se prétendant extérieur au monde social¹⁷⁹. Dans cette voie, la prétention de détachement vis-à-vis de son objet d'étude, par une neutralité axiologique, est jugée irréaliste en pratique. Toujours selon cette approche, chaque discours est déterminé (consciemment ou inconsciemment) par sa réalité sociale, historique et politique, et ne peut prétendre à une neutralité absolue. Comme l'argumente Boisgontier, nier cela impliquerait de considérer comme « neutre » et « objectif » un discours qui, avant d'être vrai ou faux, est nécessairement situé¹⁸⁰. Sans affirmer que ces approches dépasseront les questions ontologiques du dualisme, nous pensons qu'elles pourront en atténuer les effets. Ces approches offrent un regard critique sur les ontologies dualistes qui postulent l'existence objective et neutre de la nature, de la vérité ou de la loi universelle. Le danger de ces concepts abstraits est une rupture des liens avec le contexte historique et social dans lequel ils sont déployés, alors que ces concepts ont été utilisés à des fins politiques, avec des exemples violents¹⁸¹.

Pour résumer, le dualisme moderne pourrait favoriser l'utilisation épistocratique d'arguments scientifiques, même si cette autorité ne pourrait être formelle. Coïncé dans un dualisme ontologique et écartant les disciplines non juridiques, le positivisme juridique, à lui seul, semble mal équipé pour faire face aux usages rhétoriques des arguments épistocratiques. En laissant ces questions ouvertes pour de futures recherches, nous pensons que des approches plus interdisciplinaires et critiques du droit seraient nécessaires pour surmonter ces difficultés.

Conclusion

S'inscrivant dans un projet de recherche plus large sur l'utilisation épistocratique d'arguments scientifiques en droit, cette contribution avait pour

¹⁷⁸ L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, *op. cit.*, note 15, p. 176 ; D. LOCHAK, « Écrire, se taire... Réflexion sur la doctrine française », *Le Genre humain*, vol. 30-31, 1996, n° 1, p. 26 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 155.

¹⁷⁹ L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, *op. cit.*, note 15, p. 175.

¹⁸⁰ A. BOISGONTIER, « Neutralité scientifique, neutralité juridique ? », *op. cit.*, note 93, p. 10.

¹⁸¹ L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, *op. cit.*, note 15, p. 175 ; A. KARIBI-WHYTE, « An Agenda for Decolonising Law in Africa: Conceptualising the Curriculum », *Journal of Decolonising Disciplines*, vol. 2, 2020, n° 1, p. 7.

objectif d'examiner comment les approches du droit naturel et du positivisme juridique y réagissent. Dans cette voie, nous sommes intéressés au maintien du dualisme ontologique et aux risques de dérives épistocratiques dans le droit naturel et dans le positivisme juridique. En mobilisant une approche interdisciplinaire, intégrant à la fois la philosophie du droit et des sciences, nous avons émis l'hypothèse que ces deux courants partagent une ontologie dualiste, et qu'en conséquence, les arguments épistocratiques peuvent être perçus comme des éléments extérieurs au droit, indiscutables, neutres ou « objectifs ». Malgré leurs divergences méthodologiques et philosophiques, ces deux approches reposent sur une même ontologie dualiste. À l'image des deux faces d'une même pièce, elles reconnaissent l'existence de réalités externes au droit, contenant des concepts abstraits tels que la vérité, la justice, la nature, etc. La différence entre ces deux approches réside dans le degré de normativité qu'elles accordent à ces éléments externes.

En premier lieu, le droit naturel adopte un dualisme normatif, postulant l'existence d'un métamonde *immanent* (comme la volonté divine, les lois de la nature, ou des concepts tels que la justice) ayant une dimension normative pour le droit positif. Selon cette approche, il est possible de critiquer le droit existant à la lumière de ces éléments externes, en soutenant que le droit positif doit être conforme à la volonté de Dieu, à la nature, à la raison et à la vérité scientifique.

Ensuite, ce dualisme normatif se retrouve également dans le positivisme sociologique. Influencée par l'hégémonie scientiste de Comte et Durkheim, cette approche considère que toutes les sphères de la société, y compris le domaine des valeurs et des normes, peuvent être appréhendées de manière neutre et objective par les sciences et les sciences sociales. Il y a une sacralisation du « fait » ayant une dimension normative pour le droit, où l'élaboration des lois devrait suivre un processus scientifique. Comme le souligne Viala, ce moment sociologique du positivisme reflète une posture radicalement épistocratique, postulant que le devoir-être peut être déduit d'un discours savant sur l'être, en méprisant la loi de Hume¹⁸².

Enfin, en rupture avec le droit naturel et le positivisme sociologique, le positivisme juridique offre des garanties contre l'épistocratie en réaffirmant un dualisme moderne entre les faits et les valeurs, la science et la politique, et en isolant le droit « pur » de tout élément externe. Ce dernier ne peut être évalué qu'à la lumière de ses propres normes formelles, en autonomie par rapport à ce qui lui est étranger. Ainsi, le positivisme juridique rompt avec les postures normatives du droit naturel et du positivisme sociologique, en

¹⁸² A. VIALA, « La dérive épistocratique du premier moment positiviste », *op. cit.*, note 110, p. 80.

réaffirmant un dualisme moderne entre l'être et le devoir-être, la raison pratique et la raison théorique, les faits et les valeurs. Néanmoins, d'un point de vue épistocratique, le positivisme juridique tend à hypostasier l'existence de faits extérieurs au droit. Bien que ces faits soient dépourvus d'autorité formelle, ils peuvent, en suivant les doctrines positivistes, prétendre à une neutralité et à une objectivité. Ainsi, l'argument « de la nature » ou « de la science » s'inscrit dans un dualisme ontologique moderne où il devient « indiscutable » et rhétoriquement redoutable. Cela implique de questionner les faiblesses d'une approche purement positiviste, que nous considérons mal équipée pour faire face aux arguments épistocratiques.