

# QUELLE MÉTHODE ?

## LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE AU SEUIL DU XXI<sup>ème</sup> SIÈCLE

Par

Valentin PETEV

*Professeur à l'Université de Münster (Allemagne)*

### I - LE DISCOURS DE LA MÉTHODE. L'ENVIRONNEMENT SOCIÉTAL ET PHILOSOPHIQUE

Le système juridique n'est concevable que par le biais d'une conception fondamentale du droit à une époque donnée et des efforts pertinents quant à la réalisation du droit dans l'environnement sociétal. Ici, la nécessité d'une méthode claire et opérationnelle a été toujours pressentie. Les efforts méthodologiques ont été tout à fait fructueux à cet égard au cours du siècle précédent. Le trait caractéristique de la méthodologie traditionaliste était une certaine stabilité et une permanence quant aux objectifs qu'elle a poursuivis et postulats qu'elle a formulés. Le souci majeur était d'atteindre non seulement une approche élucidante des problèmes que pose l'interprétation et l'application du droit mais aussi et surtout d'élaborer un outil, une technique sûre qui garantisse des solutions correctes et justes. On croyait qu'une telle entreprise était possible et l'inspiration philosophique de la méthodologie traditionaliste soutenait une telle croyance.

En s'attachant à un positivisme méthodologique rigoureux, la Begriffsjurisprudenz (1) jugeait possible qu'à partir d'une logique stricte des notions juridiques plus élaborées, on arrive à des résultats interprétatifs bien fondés, sans craindre qu'ils échappent à la réalité sociale. La volonté du législateur s'y présentait comme une donnée

---

(1) Sur la Begriffsjurisprudenz v. W. Krawietz, "Begriffsjurisprudenz", in J. Ritter (éd.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bâle-Stuttgart 1971, t. 1, pp. 809-813 ; H.-M. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg 1981, pp. 50 et s. ; F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Vienne 1982, pp. 109 et s.

constante qui se prête à une connaissance objective par le moyen d'un langage univoque. L'école de l'exégèse en France (2) et le courant du Formal Style aux États-Unis (3) ont été, eux-aussi, fidèles à cette attitude positiviste.

Au formalisme de ces écoles se sont opposés, il est vrai, d'autres grands courants de la pensée juridique, tels que l'École historique, l'École de libre recherche scientifique, l'Interessensjurisprudenz, la Sociological jurisprudence et la Théorie du Grand Style (4). Ils ont élaboré une multitude de vues et de conceptions fondamentales concernant la nature et les sources du droit ; et quant à la connaissance et l'application du droit, ils ont relevé de nouveaux objets de la recherche, notamment les intérêts et valeurs de la société. Ce faisant, ils changeaient l'objectif de la méthode sans pour autant effectuer le pas décisif vers une méthodologie qui s'inspire de paradigmes nouveaux.

Ces écoles ne professaient plus de suivre seulement la volonté d'un législateur historique. Mais, en analysant d'autres phénomènes socio-psychologiques, tels que les intérêts sociaux, les valeurs et les comportements spontanés, elles restaient au fond fidèles au postulat épistémologique du positivisme parce qu'elles croyaient à la possibilité d'atteindre des connaissances objectives quant au contenu des normes juridiques, c'est-à-dire, de trouver une seule réponse correcte à la question juridique à trancher.

On constate donc que ce pertinent formalisme méthodologique s'est manifesté longtemps à travers des théories et écoles d'origine philosophique différente : les théories positivistes faisaient confiance à la volonté du législateur, les théories jusnaturalistes recherchaient une justice absolue tandis que les théories sociologiques se préoccupaient d'un intérêt commun qui se forme spontanément.

Pourtant, un tel résultat n'était guère contingent. Il se produisait durablement en fonction d'une certaine unité des valeurs politico-éthiques dans une société assez stable. Mais dès le moment où cette société a remis en question les vieilles justifications de son ordre politique et juridique, la méthode dite formelle a été bouleversée. Dans le présent, le changement de paradigme méthodologique est devenu manifeste.

## II - UNE MÉTHODE "OUVERTE" POUR UNE SOCIÉTÉ "OUVERTE"

Les développements politiques, économiques et écologiques des dernières décennies, l'essor des sciences et des technologies plus récentes ont conduit à un nouvel état d'esprit dans le monde contemporain. Les institutions sociales révèlent de nouvelles tendances et imposent de reconsidérer leurs fondements éthiques. Les réglementations juridiques ont subi de profonds changements dans

(2) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2ème éd., Paris 1989, pp. 243 et s.

(3) R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, London 1989, p. 198.

(4) Cotterrell, (note 3), pp. 199-202 ; R. S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca 1982, pp. 136 et s.

d'importants domaines de la société, tels que la famille, le monde du travail, l'éducation et les droits de l'homme. Le droit doit répondre dorénavant dans sa totalité aux attentes d'une société devenue fortement communicationnelle. Tout cela a eu comme conséquence un renforcement de la conscience méthodologique et procédurale qui cherchait des réponses et des solutions plus fondées.

En philosophie, on constate un passage de la conscience subjective comme objet principal de la recherche à l'éthique discursive qui détermine l'action sociale communicationnelle (5). Les sciences sociales et juridiques, elles-aussi, deviennent conscientes de la nécessité d'une nouvelle approche méthodologique qui devra remplacer le pathos positiviste. Des approches et théories herméneutiques, rhétoriques et discursives ont été développées dans leur domaine. Et un nouvel institutionalisme s'y établit (6). Dans la dogmatique et la méthodologie juridique, on a introduit des vues et des démarches d'une théorie d'argumentation plus élaborée qui procure les fondements d'un discours juridique cohérent (7). Ici, le paradigme méthodique a manifestement changé : on ne cherche plus à trouver une seule solution possible mais à élargir le spectre des arguments qui peuvent être allégués en faveur des positions contraires qui se présentent comme soutenables.

Ce discours juridique, organisé à différents niveaux de la société "ouverte" contemporaine, est le phénomène principal qui constitue l'objet majeur de toute réflexion théorique et pratique en droit. Pour se faire une idée plus concrète du discours juridique de nos jours, il faut considérer le système entier de l'organisation politique et juridique de cette société avec toutes ses règles et procédures, y compris les mécanismes et les forces légitimatrices d'une opinion publique sensible aux problèmes (politiques et éthiques) de son temps. L'état complexe des choses qui en provient explique pourquoi la méthodologie juridique vise aujourd'hui des démarches et préoccupations tant sur le plan de la création que de l'application du droit. Dans cette perspective, la méthodologie n'est plus une technique de simple production de décisions juridiques préconçues mais, compte tenu de la particularité des différents domaines, une entreprise complexe de mise en œuvre du droit.

La méthodologie juridique moderne n'est pas de nature pure : elle n'est ni de caractère purement logique, ni herméneutique, ni topique ; elle représente une multitude de réflexions et démarches qui visent une compréhension et un maniement du droit correspondant à sa

(5) Sur le changement du paradigme dans la philosophie voir Habermas, *Nachmetaphysisches Denken*, Francfort s. M. 1988, pp. 14 et s.

(6) Voir p. ex. D. N. MacCormick / O. Weinberger, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin 1985 ; D. Mayer-Maly / O. Weinberger / M. Strasser (éds.), *Recht als Sinn und Institution, Rechtslehre, Beiheft 6*, Berlin 1989 ; N. MacCormick, "Institutional Arrangements and Practical Information", in *Ratio Juris*, t. 1, 1988, n° 1, pp. 73-82.

(7) R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford 1989 ; A. Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, Lund 1983 ; A. Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Vienne 1979.

fonction régulatrice dans une société pluraliste dont l'identité et la légitimation sont toujours en cause. Une telle méthodologie est ouverte aux positions politiques et éthiques divergentes en société qui influencent l'idée et la pratique du droit contemporain.

Même ceux qui qualifient la société communicationnelle de nos jours de postmoderne, sous les signes négatifs d'une technique galopante, d'une bureaucratie débordante et d'une rationalité purement instrumentale ne nient pas l'intensité des efforts et les aboutissements méthodologiques en philosophie, en sciences sociales, ainsi que dans la théorie générale du droit. La constance de ces efforts indique la nécessité sociale dont ils proviennent. C'est l'attitude critique que les individus et les groupes sociaux ont prise à l'égard des institutions et des décisions dans la société ouverte, une société qui cherche une nouvelle rationalité pratique reposant sur des idées et valeurs dont la justification est à nouveau requise. Ni une justice absolue, ni une logique impitoyable, ne procurera seule des raisons suffisantes et convaincantes. L'heure est donc à la méthode.

### III - LA COMPLÉXITÉ DE L'OBJET. LA MULTITUDE DES DÉMARCHES

La méthodologie juridique était autrefois une discipline scientifique orientée dans la tradition du système juridique dans lequel elle avait été développée. La théorie du Pandektenrecht p. ex., a apporté de considérables vues et concepts quant à la genèse et l'interprétation de la jus commune sous l'aspect du droit privé allemand (8). Elle a reflété aussi une spécificité historique du droit allemand dans la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle. Mais, en outre, la doctrine allemande d'autrefois a beaucoup apporté au développement des fondements théoriques de la méthode juridique (9).

De même, la Common law est remarquable à cet égard. Dans une tradition ininterrompue de plus de huit siècles, sa doctrine a beaucoup évolué et enrichi la pensée juridique en apportant des constructions dogmatiques et des méthodes pratiques jusque-là inconnues dans le droit continental. Et dans le présent aussi, les doctrines de la Common law ont d'importantes incidences sur la pensée méthodologique juridique en Europe continentale.

Les grandes codifications du droit privé ont, elles-aussi, influencé de manière rigoureuse la méthodologie juridique dans le passé en lui imprégnant, malheureusement, une marque trop nationale. La science méthodologique du droit français et allemand en sont des exemples pertinents.

Aujourd'hui, la méthodologie juridique n'est ancrée ni dans une seule tradition, ni même dans un seul système juridique national. La raison en est que le droit en vigueur dans les sociétés technologiques et communicationnelles contemporaines ont en commun des traits et des

(8) B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, t. 1, Dusseldorf 1875, chap. 1 et 2.

(9) V. les développements sur la méthode chez R. v. Ihering, Geist des römischen Rechts, t. 3, 4<sup>ème</sup> éd. 1883, §§ 37-41.

structures essentiels. Cela est vrai, pour le droit, dans les systèmes politiques démocratiques auxquels s'ajoutent, de plus en plus, les systèmes politiques et juridiques en voie de démocratisation en Europe de l'Est.

La méthodologie juridique contemporaine ne se développe que dans l'échange intensif international des scientifiques qui coopèrent dans de multiples organisations internationales, travaillent sur des sujets communs et ont accès à la même littérature. Cette coopération gagne avec le temps en ampleur et en intensité et embrasse aussi des domaines et des disciplines scientifiques voisins, ce qui assure une interdisciplinarité fructueuse (10). L'interdisciplinarité n'est pas ressentie, dans le présent, seulement comme une revendication : elle fait partie intégrante de la recherche en théorie et en méthodologie du droit en ce qui concerne la philosophie du droit (p. ex. la philosophie du langage, philosophie de la science, de la connaissance et philosophie de la justice), la logique juridique (p. ex. logique des normes, logique de l'action) et les sciences sociales (11).

Dans les dernières décennies, la méthodologie juridique n'a pas seulement élargi son champ de recherche mais l'a aussi, structuré de façon nouvelle. On ne s'y contente plus d'une logique et d'une herméneutique soit disant spécifique de la science juridique par laquelle les normes juridiques doivent être examinées. On formule plutôt l'objet formel de la théorie et de la méthodologie du droit par rapport à la totalité du phénomène juridique : une ontologie du droit est toujours élaborée ou supposée, ce qui permet de considérer les normes juridiques non pas comme des données isolées mais dans un large contexte socio-politique et éthique. Les traités méthodologiques plus récents nous en procurent de nombreux témoignages (12).

Par cette attitude complexe, la méthodologie juridique a suscité des recherches plus approfondies concernant tant l'application que la production de normes juridiques qui, de leur côté, font apparaître de nouvelles démarches méthodologiques quant à l'élaboration technique et la justification du contenu de ces normes. Dès lors, il est vrai, une discipline spéciale s'est développée, la science de la législation, qui a

(10) V. là-dessous plus détaillé F. Ost / M. van de Kerchove, Jalons pour une théorie critique du droit, Bruxelles 1987, pp. 70 et s.

(11) F. Rotter / O. Weinberger / F. Wieacker (éds.), Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 13, Wiesbaden 1979 ; A. Peczenik / L. Lindahl / B. van Roermund (éds.), Theory of Legal Science, Dordrecht 1984 ; G. Floistad, (éd.), Contemporary philosophy, t. 3, La Haye 1982 ; E. Zuleta Puceiro, Teoría del Derecho, Buenos Aires 1987, pp. 29-52.

(12) H.-M. Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Heidelberg 1981, pp. 85 et s. ; F. Bydlinski, Juristische methodenlehre und Rechtsbegriff, Vienne 1982, pp. 177 et s. ; F. Ost / M. van de Kerchove, Jalons pour une théorie critique du droit, Bruxelles 1987, pp. 137 et s. ; A. Aarnio, The Rational as Reasonable, Dordrecht 1987, pp. 26 et s. ; O. Weinberger, Norm und Institution, Vienne 1988, pp. 71 et s. ; X. Dijon, Méthodologie juridique, Bruxelles 1990.

déjà, à son tour, constitué son champ et son programme de recherche (13). Néanmoins, elle reste indissolublement liée à la méthodologie juridique dans sa conception moderne.

De par sa fonction et de son caractère complexe, la méthodologie juridique fait dorénavant partie intégrante d'une théorie générale du droit qui, comme telle, embrasse tant les aspects structurels que les aspects axiologiques du phénomène juridique (14). La conséquence en est que la méthodologie du droit ne peut se passer d'une analyse plus appropriée des données sociales quant aux sources du droit. On considère ici, de manière nouvelle, la problématique que soulève de plus en plus la société pluraliste contemporaine dès que l'on met en question la compétence exclusive du législateur de créer des normes et dès que l'on devient conscient du rôle créatif du juge.

La doctrine des sources du droit a suscité de larges controverses sur les critères de validité et de rang des différents actes normatifs. Même les théories positivistes ne donnaient pas une réponse satisfaisante à cette question. La référence à une hiérarchie formelle des sources du droit - constitution, loi, règlement etc. - n'accorde pas, à elle seule une place bien déterminée aux principes du droit, aux standards de conduite coutumiers ainsi qu'à la jurisprudence et la doctrine comme sources du droit. Mais ce sont elles qui jouent un rôle important dans les cas difficiles.

Il est vrai que les sources du droit constituent une unité (15) au sein d'un système juridique donné et c'est exactement cette unité qui ne permet pas de se référer seulement à des sources particulières, sans considérer le système juridique tout entier. Elle oblige encore à trouver et à justifier un critère de maniement de la multitude des normes juridiques en présence. Le problème se pose constamment dans la Common law où les sources écrites du droit ne sont pas toujours identifiables et où l'obligation de suivre les précédents oblige le juge à formuler lui-même la règle de droit d'après laquelle il tranche le litige. Le problème a été rigoureusement discuté depuis Hart. Celui-ci a proposé la formule d'une règle de reconnaissance (rule of recognition) qui exprime l'idée que le droit applicable sera à trouver en se référant à des vues des agents qui créent et mettent en œuvre le droit dont l'activité est acceptée comme telle par un grand public (16).

(13) Sur l'évolution de cette discipline dans les différents pays voir la collection d'essais "La science de la législation". Travaux du Centre de philosophie du droit, Paris 1988 ; V. Kubes, *Theorie der Gesetzgebung*, Vienne, New York 1987.

(14) Pour quelques distinctions récentes entre philosophie, théorie et méthodologie du droit et science dogmatique juridique v. R. Alexy / R. Dreier, "The Concept of Jurisprudence", in *Ratio Juris*, t. 3, n° 1, 1990, pp. 1-13.

(15) V. ci-dessus les développements de J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2ème éd., Paris 1989, pp. 76 et s.

(16) La formule hartienne est : "Public, commun, standard of correct judicial decision", H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, p. 112 ; N. MacCormick, H.L.A. Hart, London 1981, pp. 103 et s.

Même si la thèse paraît en quelque sorte circulaire (17), son importance consiste à montrer que le droit valide à un moment donné ne peut être établi que par référence à son caractère institutionnel (18). Cela signifie que déterminer le droit applicable ne réduit pas au simple constat que tel ou tel acte normatif devra être à la base de la décision à prendre. Cela signifie plutôt que le juge ou un autre agent du droit est obligé tout d'abord de vérifier sa compétence institutionnelle, qu'il est tenu de démontrer toutes les démarches qui le conduisent à admettre que les normes par lui choisies sont des normes valides du système (19), et qu'il doit enfin avancer des arguments en faveur du sens qu'il attribue aux normes en question. Ainsi, on voit que c'est un raisonnement complexe effectué par l'agent qui résout un problème juridique quand il se pose la question de la validité des normes qu'il considère comme applicables. On aperçoit plus particulièrement qu'apprécier la validité et révéler le sens des normes présente une unité indissoluble et que ce sens se détermine par rapport aux vues et convictions politico-juridiques de la communauté des membres d'une société organisée par ses institutions.

La méthodologie juridique de nos jours s'occupe, de manière nouvelle, d'autres thèmes majeurs : on peut indiquer, à titre d'exemple, la théorie des normes conçue plus largement comme une théorie du comportement social régi par des normes éthiques et juridiques (20) où la problématique des énoncés normatifs est traitée dans le cadre plus large de la théorie du langage et des logiques modales (21). Une double tendance s'y dessine : d'une part, les recherches strictement logiques ont pris un caractère très spécialisé (22) ; d'autre part, elles sont devenues un outil indispensable à tout discours juridique.

Un autre grand thème traité par la méthodologie juridique contemporaine est celui de l'argumentation juridique qui concerne plus particulièrement la décision jurisprudentielle. Dès le commencement, la topique et la nouvelle rhétorique (23) ont beaucoup apporté au développement de cette théorie et, de ce fait, elles ont aidé la pratique jurisprudentielle de manière décisive. Mais avec les aboutissements de la logique moderne et de la philosophie du langage, les choses ont

(17) Une précision de cette formule a été donnée par N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, pp. 54 et s.

(18) Dans un vaste cadre sociétal ("integrity in law") discute le problème R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge / Massachusetts 1986, pp. 223 et s.

(19) MacCormick, (note 15), p. 110.

(20) V. la littérature plus récente dans E. Bulygin / J.-L. Gardies / I. Niiniluoto, (éds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, ch. III, Dordrecht 1985.

(21) C. E. Alchourrón / E. Bulygin, *Normative Systems*, Vienne, New York 1971 ; A.G. Conte / R. Hilpinen / G.H. von Wright, (éds.), *Deontische Logik und Semantik*, Wiesbaden 1977, J.-L. Gardies, *L'erreur de Hume*, Paris 1987.

(22) V. le numéro spécial de *Ratio Juris*, t. 3, n° 2, 1990, consacré aux Expert Systems in Law.

(23) V. les ouvrages fondamentaux ci-dessus Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5ème éd., Munich 1974 ; Ch. Perelman / L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2ème éd., Bruxelles 1970 ; plus récemment W. Gast, *Juristische Rhetorik*, Heidelberg 1988.

changé : la théorie de l'argumentation a pris un nouvel essor. Tant en éthique qu'en droit, le discours scientifique se tient sur la base d'une argumentation rationnelle dont les fondements théoriques sont déjà poussés très loin (24). Néanmoins, la méthodologie juridique sera encore pour longtemps occupée par ce thème, les données sociales présentant une considérable diversité qui doit être prise en compte si l'on veut élaborer une argumentation juridique cohérente.

#### IV - LES POSTULATS

La fonction et les objectifs de la méthodologie juridique sont orientés vers la pratique. La méthodologie se propose d'élucider la pratique de la réalisation du droit par l'activité des institutions judiciaires et administratives en expliquant toutes les démarches interprétatives qu'englobe cette activité. L'élucidation méthodologique y est utile, voire indispensable, pour que le juge ou un autre agent du droit puisse élaborer une décision bien fondée. La méthode que fait apprendre la méthodologie juridique consiste donc en une série de démarches théoriques -concepts, constructions, modes d'argumentation, modèles logiques et discursifs dans l'utilisation qu'en fait l'agent qui met en œuvre le droit. La méthode n'est pas seulement un outil technique facile à manier qui mène quasi-automatiquement à un résultat voulu. Elle est une activité complexe à poursuivre d'après des standards établis par une métathéorie méthodologique.

Ainsi conçue, la méthodologie juridique -ou la méthode tout court- ne saurait être réduite à une simple interprétation de textes juridiques. Elle s'occupe bien sûr d'interprétation de textes normatifs en aidant et en instruisant la dogmatique juridique qui, à son tour, cherche à expliciter le contenu du sens des normes d'un système juridique en vigueur (25). Mais la spécificité de cette interprétation découle, d'une part, du fait qu'il s'agit des textes normatifs et non purement descriptifs qui ne se prêtent pas à un traitement libre, voire arbitraire, comme un texte littéraire et qu'il s'agit des normes visant une certaine conduite sociale à atteindre. D'autre part, c'est cette conduite sociale qui est à la base des relations juridiques envisagées par le juge ou un autre agent du droit. Or, l'interprétation juridique consiste dans l'analyse d'une complexité de normes et conduites sociales, donc d'une pratique sociale (26) d'organisation institutionnelle qui, à son tour,

(24) W. Krawietz / R. Alexy (éds.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin 1983 ; A. Peczenik (éd.), *Meaning Interpretation and Reality*, Dordrecht 1989 ; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987 ; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford 1989 ; R. Alexy / A. Peczenik, "The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality", in *Ratio Juris*, t. 3, n. 1 bis, 1990, pp. 130-147.

(25) V. l'analyse détaillée chez A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987, ch. III ; J. Schmidt, "Zur Bedeutung von Rechtssätzen", in A. Kaufmann et al. (éds.), *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Francfort s.M. 1988, pp. 433-460.

(26) V. sur l'interprétation d'une pratique sociale comme une "creative interpretation" R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge / Massachusetts 1986, pp. 45 et s.

procède à l'interprétation des normes qui la concernent. Dès lors, des démarches méthodiques appropriées sont exigées mais aussi de nouveaux problèmes y surgissent.

On a toujours imaginé qu'une méthode bien élaborée conduirait l'interprète à coup sûr à un résultat correct, à une décision juste. C'est une telle méthode que l'on a recherché de tous temps et dont on a pensé qu'elle est possible à retrouver. Et même si, dans le présent, on ne partage pas partout cette vue absolue, la méthodologie est restée toujours optimiste à ce sujet.

Mais la question est de savoir s'il existe une seule réponse juste aux problèmes que pose la pratique juridique. L'idée de "one right answer" (27) est suggérée par une double attitude, jusnaturaliste et juspositiviste : on croit qu'il y a dans la vie sociale une vérité objective, une solution juste pour chaque situation individuelle comme on accepte qu'il y ait une loi universelle qui régit d'une manière parfaite et inélectuable les affaires du monde. Et c'est au juge de trouver cette juste mesure. Ou bien, on souscrit à la thèse -d'ailleurs une fiction positiviste- que le législateur a tout prévu et donné une solution à tous les problèmes qui se présentent dans la pratique juridique. Et c'est exactement cette solution qui doit et peut être trouvée au moyen d'une méthode sûre.

Mais si l'on adhère à une conception contraire, les choses se présentent dans une optique tout à fait différente (28). Le droit ne contient pas une seule solution correcte et juste pour tous les cas particuliers ; le droit indique plutôt une solution "privilégiée" du point de vue politique et éthique à un moment donné dans la vie de la société, une solution soutenue par de larges groupes sociaux à un moment donné et favorisée par un grand public. Et c'est exactement ce fait qui constitue le droit et dont on pense que c'est la seule solution possible. En effet, il y a aussi d'autres solutions qui sont tout à fait soutenables du point de vue des intérêts de certains groupes sociaux mais qui ne constituent pas la mesure juridique prédominante à une certaine époque.

A mon sens, cet état des choses est exprimé d'une manière adéquate par une conception socio-axiologique du droit (29) qui tient compte des différentes positions politiques et éthiques de larges groupes sociaux et correspond mieux au fait sociologique des systèmes et cultures politiques et juridiques divergents que l'on observe au cours de l'histoire. Une telle conception du droit révèle en outre de multiples possibilités de coopération et d'intégration entre les systèmes politiques démocratiques et ceux, -p. ex. en Europe de l'Est, qui sont en train d'élaborer des institutions démocratiques.

Les conséquences en sont d'une importance particulière pour la méthodologie juridique dans les décennies à venir. En changeant certains paradigmes, elle va élaborer des attitudes et des démarches

(27) Voir R. Dworkin, *A matter of principle*, Oxford 1986, pp. 119-145.

(28) A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987, pp. 161-165 ; le problème est discuté dans une perspective plus large par Aarnio, "Das regulative Prinzip der Gesetzesauslegung", in *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 409-431.

(29) Voir mon article "Une conception socio-axiologique du droit", in *Droits* 10, 1989, pp. 69 et s.

méthodologiques qui permettent mieux d'articuler, au cours de l'application du droit, des thèses et des argumentations en faveur des positions contraires soutenables dans le cadre d'un système juridique. Elle va pousser plus loin la théorie de l'argumentation juridique qui se déploie dans le champ institutionnel de la société ouverte et communicationnelle. De telles tendances sont déjà observables.

La méthodologie juridique, de nos jours, n'est pas marquée par l'opposition entre un style formel qui dispose apparemment d'arguments stricts et convaincants et un style d'argumentation "substantiel" dont la force probatoire reste toujours discutable.

Elle est plutôt dominée par une multitude d'approches herméneutiques, logiques, discursives et institutionnelles qui livreront pour longtemps les thèmes principaux de recherche.

Les efforts actuels de la logique des normes ne sont pas concentrés sur une logique purement déductive qui produit des résultats inébranlables. La logique des normes associe ses efforts à ceux d'une théorie de l'argumentation juridique plus large en quête de règles et de constructions de raisonnements plus cohérents. La discussion internationale des dernières années manifeste clairement cette tendance. Les recherches sur la rationalité (30) et la légitimation du droit et, plus particulièrement, sur les actes interprétatifs au cours de l'application du droit ont fait ressortir des multiples dimensions du discours juridique. Quant à l'application du droit, on a montré nettement que la rationalité se présente sous différents aspects (31), qu'elle ne s'identifie ni à une nécessité logique ni à une légitimité absolue, qu'elle correspond plutôt à une construction du raisonnable social accepté à une certaine époque (32) dans des milieux ("auditoires") spécifiques.

La perspective adoptée dans les recherches méthodologiques contemporaines ne permet plus d'opter pour une interprétation strictement orientée vers la volonté du législateur ou bien pour une autre, attachée exclusivement aux objectifs de la loi. Une telle opposition est devenue obsolète. La nécessité de respecter les objectifs législatifs paraît aujourd'hui évidente (33).

La méthodologie juridique est appelée à apporter une contribution importante à la pratique d'application d'un droit flexible qui est confrontée à de multiples exigences, parfois contradictoires, d'une société pluraliste, ouverte à des valeurs concurrentes, qui prend

(30) V. sur le thème général "Law, Legitimacy, and Rationality", *Ratio Juris*, t. 3, 1990 n° 1 bis ; A. Aarnio / K. Tuori (éds.), *Law, Morality, and Discursive Rationality*, Helsinki 1989.

(31) J. Wróblewski, "Principles, Values, and Rules in Legal Decision-Making and the Dimensions of Legal Rationality", in *Ratio Juris*, t. 3, 1990, n° 1 bis, pp. 100-117.

(32) M. Atienza, "On the Reasonable in Law", in *Ratio Juris*, t. 3, 1990, n° 1 bis, pp. 148-161.

(33) V. le n° 4 des Cahiers de Méthodologie juridique "Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs", R.R.J. 1989 n° 4 et les travaux préparatoires du 2ème Congrès de L'Association Internationale de Méthodologie juridique (10 - 12 Septembre 1990 à Louvain-la-Neuve) sur "Le recours aux objectifs de la loi dans son application", Bruxelles 1990.

une attitude très différenciée à l'égard des objectifs et de la fonction du droit. Cela signifie concrètement que la méthodologie juridique doit élaborer un modèle d'argumentation qui abrite toutes les possibilités de différenciation, de confrontation et de réconciliation des positions d'intérêt et de valeurs contraires en quête d'une solution socialement justifiable. Ainsi, le juge ne se retirera pas dans des cas difficiles dans un pouvoir prétendument discrétionnaire qui lui permettrait de produire une décision libre ; et il ne se cachera pas derrière une solution prétendument ferme et préétablie. Le juge aura dorénavant la tâche, il est vrai difficile, d'organiser et de guider un discours juridique où les succès ne sont liés qu'à la cohérence des arguments. Il sera possible, dans un tel discours, d'articuler de nouvelles attitudes de valeur que la société ouverte adopte, et le droit remplira sa fonction directrice, dans la mesure où des acceptions divergentes qui existent en société quant à ses objectifs peuvent être respectées. Et si l'on observe de plus près l'activité jurisprudentielle de nos jours, on se voit conforté dans cette espérance.