



HAL
open science

L'APPORT DE LA PHILOSOPHIE DES SCIENCES À L'HISTOIRE DOCTRINALE DES CLASSIFICATIONS EN DROIT ADMINISTRATIF

Brice Laniyan

► **To cite this version:**

Brice Laniyan. L'APPORT DE LA PHILOSOPHIE DES SCIENCES À L'HISTOIRE DOCTRINALE DES CLASSIFICATIONS EN DROIT ADMINISTRATIF. 2023. hal-03999116

HAL Id: hal-03999116

<https://paris1.hal.science/hal-03999116>

Preprint submitted on 21 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'APPORT DE LA PHILOSOPHIE DES SCIENCES À L'HISTOIRE DOCTRINALE DES CLASSIFICATIONS EN DROIT ADMINISTRATIF

Brice LANIYAN

Doctorant à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Les travaux d'histoire doctrinale¹ menés en droit administratif se concentrent aujourd'hui sur deux questions : la périodisation des origines de la discipline et l'évolution des rapports entre doctrine et jurisprudence.

La périodisation des origines du droit administratif en tant que discipline académique est confrontée à plusieurs questions. À partir de quand peut-on parler de « doctrine » en droit administratif ? Peut-on réellement distinguer un *droit administratif ancien* d'un *droit administratif moderne* ? Auquel de ces deux droits l'œuvre de Léon Aucoc appartient-elle ? Le droit administratif moderne commence-t-il sous le Second Empire ou la III^e République ?

Les réponses à ces questions sont fondamentales. Elles déterminent le partage qu'il conviendra d'opérer entre « pseudo » classifications et classifications au XIX^e siècle. En effet, peut-on véritablement parler de classifications doctrinales à propos du classement par matière ou par ordre alphabétique des règles de droit administratif ? Les classifications d'après l'ordre établi par le Code civil peuvent-elles prétendre au titre de « classifications administrativistes » ? Le développement sous le Second Empire d'une jurisprudence administrative plus juridique a-t-elle représenté une condition suffisante à l'éclosion de classifications conséquentes ?

La résolution de ces questions par l'historiographie contemporaine prend très largement la forme d'une réplique au toulousain Maurice Hauriou, qui longtemps a fait office d'historien « officiel » de la doctrine administrativiste, un peu comme le furent Eugène Gaudemet et Julien Bonnetant en droit civil². Son article

1. Sur le fait paradoxal que l'histoire doctrinale soit davantage le fait d'administrativistes « férus d'histoire » que d'historiens du droit de profession, lesquels s'intéressent plutôt à l'étude des règles de droits positifs anciens v. : F. MELLERAY, « Les historiens du droit administratif sont-ils encore plus positivistes que les administrativistes ? », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit* 2018, n° 14, p. 1-6.

2. J. BONNETANT, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, 2^e éd., De Boccard, 1924 ; E. GAUDEMET, *L'interprétation du code civil en France depuis 1804*, Helbing & Lichtenhahn/Bâle et Recueil Sirey/Paris, 1935. À l'instar du droit administratif, la période des



« De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII » revient sur les origines de la doctrine administrativiste, et insiste sur l'état chaotique dans lequel se trouvait la discipline avant l'intervention d'Aucoc et Laferrière³. Une position qui, si elle est encore souvent reprise de nos jours, est loin de faire consensus⁴.

L'étude de l'évolution des rapports entre doctrine et jurisprudence a connu un regain d'intérêt ces dernières années en droit civil et en droit administratif⁵. Ce champ tente d'apporter une réponse critique à la question suivante : comment est-on passé de la prise de conscience, au cours du XIX^e siècle, du rôle fondamental joué par la jurisprudence dans le développement du droit administratif à l'attitude contemporaine consistant à faire de la jurisprudence l'horizon indépassable d'une étude doctrinale proprement scientifique ?

L'émergence de cette problématique semble liée, d'une part, à la prise de conscience de l'impasse à laquelle conduit une discipline exclusivement centrée sur l'étude de la jurisprudence, d'autre part, à la découverte du fait que l'histoire doctrinale se présente avant tout comme un « sport de combat »⁶. En effet, l'am-

années 1880 est souvent présentée comme fondamentale pour l'historiographie de la pensée civiliste. Elle marquerait une rupture, d'une part, au niveau de l'identité de la doctrine qui devient quasi exclusivement universitaire, d'autre part, au niveau de la méthode d'étude qui se veut moins exégétique, plus « réaliste », et donc davantage tournée vers les sciences sociales. Sur le premier point voir P.-N. BARENOT, « De quelle pensée juridique faisons-nous l'histoire ? Réflexions autour de quelques données bibliométriques », *Clio@Thémis* 2018, n° 14. Quant au second point, il est largement contesté dans la mesure où il repose sur la croyance en l'existence d'une « École de l'exégèse », dont on sait aujourd'hui qu'elle est une pure construction des historiens officiels de l'« École scientifique » que furent Eugène Gaudemet et Julien Bonnetant (P. RÉMY, « Éloge de l'exégèse », *Droits* 1985, n° 1, p. 115-123 (reproduction de l'article publié trois ans plus tôt in *Revue de la recherche juridique* 1982-2, n° VII-13, p. 254-262). En effet, nombre d'« exégètes » intégraient déjà dans leur étude des considérations philosophiques ou sociologiques (C. JAMIN, « L'oubli et la science, regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *Revue trimestrielle de droit civil* 1994, p. 815-827).

3. M. HAURIOU, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *Revue générale d'administration* 1892, Berger-Levrault, t. XLIV, p. 385 et s. et t. XLV, p. 15 et s. Article plus connu dans sa version (peu modifiée) de 1897 : « Droit administratif », *Répertoire du droit administratif* (dit *Répertoire Béquet*), t. XIV, 1897, p. 3-34.

4. V. par ex., F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1995, p. 105 et s. ; J.-J. BIENVENU, « Les origines et le développement de la doctrine », *RA* 1997, n° spéc. : *Le Conseil d'État et la doctrine. Célébration du deuxième centenaire du Conseil d'État*, p. 13-16 ; B. PLESSIX, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits* 2003, 38(2), p. 113-134 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Maurice Hauriou, mystificateur ou héros mythifié ? », in M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Éditions L'Épilogue-Lextenso, 2013, p. 83-123.

5. V. par ex., F. MELLERAY et C. JAMIN, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2018.

6. C. JAMIN, « L'histoire doctrinale est-elle un sport de combat ? », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit* 2018, n° 14, p. 1-7.



bition de ce champ n'est pas uniquement de comprendre les raisons qui ont mené à l'avènement d'un modèle doctrinal⁷, mais aussi de procéder à la critique de ceux qui ont consciemment, ou inconsciemment, participé à son développement⁸. Laferrière⁹, Hauriou¹⁰, Waline¹¹, Jèze¹², mais également Eisenmann¹³ – sur lequel on se concentrera dans la présente étude – auraient chacun contribué à faire du positivisme jurisprudentiel le paradigme du droit administratif français.

Il n'est pas chose aisée d'évaluer l'influence qu'un auteur comme Charles Eisenmann a effectivement exercée sur la doctrine publiciste française¹⁴. Un point toutefois semble faire consensus : sa contribution à la théorie générale des classifications juridiques.

Les écrits qu'il a consacrés dans les années 1960 à cette question sont souvent présentés comme la référence pour comprendre la nature et le rôle des classifications en droit¹⁵. Charles Eisenmann y promeut une conception scientifique de la classification – appelle la doctrine à rompre avec une pratique intuitive du

7. V. par ex., P. GONOD, « La place du Traité de la juridiction administrative d'Édouard Laferrière dans l'évolution du droit administratif français », *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte/Annuaire d'histoire administrative européenne* 1996, n° 8, p. 92-93. Pascale Gonod revient sur un aspect négligé de la contribution de Laferrière. Celui-ci est souvent présenté comme ayant mis au centre de l'analyse l'étude de la jurisprudence, alors même qu'il a également contribué à « relativiser l'importance de la loi en tant que source du droit administratif ».

8. V. en ce sens P. GONOD, « La réception des arrêts par la doctrine juridique », *RFDA* 2013, p. 1007 ; F. MELLERAY et C. JAMIN, *op. cit.*

9. P. GONOD, « La place du Traité de la juridiction administrative... », art. cité.

10. A. MESTRE, « L'évolution du droit administratif (Doctrines) de 1869 à 1919 », *Bulletin de la Société de législation comparée* 1922, n° 7-12, p. 20.

11. F. MELLERAY, « Marcel Waline et la manière contemporaine de faire du droit administratif », *RFDA* 2014, p. 145-150.

12. O. BEAUD, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Juspoliticum* 2013, n° 11/, <http://www.juspoliticum.com/L-œuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t.html>.

13. F. MELLERAY, « Charles Eisenmann et la manière française d'enseigner le droit administratif aujourd'hui », *RDP* 2016, p. 375-386.

14. Pour une présentation de la contribution de Charles Eisenmann à l'étude du droit administratif français qu'il soit permis de renvoyer à la thèse de M. Nicolas Chiffot : N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 83, 2009.

15. La présente discussion s'appuiera, à titre principal, sur l'article de 1968 plus complet et plus riche que celui de 1966 : C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. droit* 1966, t. XI, *La logique du droit*, Sirey, p. 25-43 ; C. EISENMANN, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *Politique* 1968, p. 5-86. Les *Cours de droit administratif* représentent également une source importante et seront donc mobilisés lorsque nécessaire. Eisenmann y développe de nombreuses analyses critiques sur les classifications des administrativistes du XX^e siècle.

procédé. Or, si les travaux d'Eisenmann représentent assurément une contribution décisive dans le champ juridique, il convient de délimiter celle-ci avec davantage de minutie.

Eisenmann a incontestablement fait progresser notre connaissance sur deux points : la nature d'une classification et les contraintes logiques auxquelles elle demeure soumise. Le versant évaluatif de sa théorie – celui que, semble-t-il, il jugeait le plus important – est en revanche insatisfaisant. En effet, d'après Eisenmann, la valeur d'une classification logiquement viable s'apprécierait à l'aune de sa « valeur scientifique ». La valeur scientifique d'une classification dépend, d'une part, de son intérêt intellectuel, d'autre part, de sa correspondance au droit positif.

La définition qu'il donne de la première notion est évanescence. Elle présente le défaut majeur de ne pas être opératoire. Pour Eisenmann l'intérêt intellectuel n'est pas une propriété objectivement contrôlable. Il relève de l'intuition ou de l'appréciation personnelle. Bref, tout ce qu'il y a de plus subjectif, et pour ainsi dire de moins « scientifique ».

La seconde notion assigne une mission restrictive à la classification, celle de correspondre au droit positif. Elle a toutefois l'inconvénient de ne pas être justifiée. En effet, si Eisenmann impose une telle exigence aux classifications juridiques, c'est qu'il est convaincu que le positivisme juridique redéfini par Kelsen à partir des années 1930 représente la meilleure option théorique – qu'il est supérieur aux autres conceptions du droit sur le plan scientifique. Il n'apporte, toutefois, aucune preuve à l'appui de cette croyance qui, si elle reste implicite, n'en demeure pas moins décisive dans son appréciation de la valeur d'une classification juridique.

Nous tenterons ainsi de démontrer que la théorie des classifications conçue par Eisenmann est insatisfaisante sur deux points.

Premièrement, elle n'est pas en accord avec les théories contemporaines de la science. En effet, si Eisenmann adopte une conception déflationniste¹⁶ de la notion de « valeur scientifique » (au sens d'intérêt intellectuel), l'effort des historiens et philosophes des sciences a au contraire consisté à donner un contenu substantiel à ce critère. La valeur scientifique d'une théorie, ou de toute autre construction intellectuelle, s'apprécierait à l'aune d'un ensemble de vertus intellectuelles telles que la simplicité, l'élégance, la beauté, la clarté, la cohérence, la vérité, l'utilité, ou encore le pouvoir explicatif, etc.¹⁷

16. Le « déflationnisme » est une expression couramment utilisée en philosophie pour caractériser une démarche qui cherche à « dégonfler » une notion, c'est-à-dire privilégie une définition formelle à une définition substantielle.

17. Dans le cadre du « tournant méthodologique » (v. pour une présentation du débat : J.-Y. CHÉROT, « Le tournant méthodologique en philosophie du droit », in J.-Y. CHÉROT et al. (dir.), *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 29-59), la théorie du droit anglo-américaine s'est notamment intéres-



Deuxièmement, le caractère injustifié du critère tiré de l'absence de correspondance au droit positif doit nous conduire à relativiser son importance. En effet, le positivisme juridique revisité par Kelsen est peut-être la meilleure option théorique dont nous disposons aujourd'hui. En l'absence de preuves cependant rien n'est moins sûr.

C'est la raison pour laquelle nous proposons d'admettre la légitimité d'un autre modèle de classification que celui actuellement promu par la doctrine positiviste. Pour ce faire, il convient de distinguer les *classifications techniques*, dont la valeur s'apprécie au regard de leur correspondance au droit positif, des *classifications théoriques* dont la valeur réside dans leur capacité à fournir une justification rationnelle à une croyance jurisprudentielle – telle que la compétence suit le fond par exemple –, laquelle permettra ensuite de déterminer la division et la répartition des objets, ou situations, que le juge ou le législateur *aurait dû suivre* s'il s'était conformé à cette croyance. Ainsi, alors que la classification technique est théoriquement marquée du sceau du positivisme juridique, la classification théorique présente entre autres l'avantage d'être agnostique. Sa valeur ne dépend pas du postulat qu'il existerait une meilleure théorie du droit.

Deux problématiques sont au cœur de cette étude : *Quels sont les critères qui permettent d'apprécier la « valeur scientifique » d'une classification ? L'histoire des origines de la doctrine administrativiste permet-elle d'apporter une solution à l'impasse du positivisme jurisprudentialiste ?*

L'hypothèse qui anime cette étude est que l'opinion que l'histoire doctrinale porte sur les classifications dépend très largement de la théorie développée par Charles Eisenmann, une théorie qui le conduisait dans ses *Cours* de doctorat à une conclusion radicale : l'absence de toute valeur scientifique des classifications proposées par les administrativistes les plus importants du début du *xx^e* siècle, à savoir Duguit, Jèze, Rolland – mais aussi de celles qui devaient suivre sous les plumes de Waline, Rivero ou encore Laubadère. Pour le dire autrement, Eisenmann semble penser que l'usage qu'ont fait ces auteurs de la classification a contribué à retarder le développement historique d'une science du droit administratif objective et rigoureuse.

Or, si le versant évaluatif de la théorie d'Eisenmann est bien, ainsi que nous le soutenons, insatisfaisant au regard des théories contemporaines de la

sée à la question des vertus qu'une « bonne » théorie du droit devait posséder. C'est dans ce cadre-là que sont apparues des listes de « pures valeurs méta-théoriques » (J. DICKSON, *Legal Theory Today Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 32) indiquant qu'une théorie du droit devrait se conformer, par exemple, aux valeurs de simplicité, clarté, élégance, compréhension et cohérence (J. DICKSON, *ibid.*). Ces listes apparaissent aujourd'hui de plus en plus fréquemment dans les écrits de théorie du droit (v., par ex., J. RAZ, *From Normativity to Responsibility*, Oxford University Press, 2011, p. 37). La réflexion sur les qualités qu'une « bonne » théorie du droit devrait posséder est, cependant, absente des écrits de Kelsen et plus globalement dans la tradition continentale.



science, car elle réduit la valeur scientifique d'une classification à une intuition ou appréciation personnelle (I) et ne justifie pas la présence du critère tiré de la correspondance au droit positif (II), alors un nouvel état des lieux s'impose. Celui-ci pourrait faire apparaître la *légitimité* d'un autre modèle de classification – celui des classifications théoriques –, ainsi que la *supériorité scientifique* de ce dernier sur le modèle défendu par les tenants du positivisme juridique (III). C'est donc à un renversement de perspective de l'histoire doctrinale et du modèle scientifique jurisprudentieliste qu'invite cette critique de la théorie générale des classifications d'Eisenmann.

I. LE CARACTÈRE INSATISFAISANT DE LA DÉFINITION EISENMANNIENNE DE LA VALEUR SCIENTIFIQUE D'UNE CLASSIFICATION

La théorie des classifications juridiques doit beaucoup à Charles Eisenmann. Ses travaux sur les classifications font autorité en droit administratif, et plus globalement en droit public français¹⁸. Parmi eux, deux articles sont restés célèbres et demeurent régulièrement cités par la doctrine publiciste. Il s'agit de son article de 1966 intitulé « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique » et publié aux *Archives de philosophie du droit*¹⁹, et de son « Essai d'une classification théorique des formes politiques » de 1968 paru dans la revue *Politique*²⁰.

L'apport de ces travaux s'apprécie à deux niveaux.

Sur le plan descriptif, d'abord, ils permettent de comprendre ce qu'est une classification, la « création (...) d'un système de classes »²¹, et surtout ce qu'elle n'est pas, « l'enregistrement d'un état de division-groupement des choses préexistant dans la réalité »²².

La détermination de la nature de la classification occupe une place importante dans les écrits d'Eisenmann. Elle s'apparente par moment à la narration d'un ensemble de maximes méthodologiques²³. Pour construire une classification, il convient de sélectionner une catégorie qui renvoie à une masse d'objets, qu'il

18. V. par ex., M. Michel Troper, théoricien du droit et constitutionnaliste, qui reconnaît le caractère fondamental des travaux de Eisenmann sur les classifications (M. TROPER, « Les classifications en droit constitutionnel », in M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, note 4, p. 253).

19. C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie... », art. cité, p. 25-43.

20. C. EISENMANN, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », art. cité, p. 5-86.

21. *Ibid.*, p. 15.

22. *Ibid.*, p. 12.

23. V. par ex., *ibid.* p. 8-9.



faut ensuite séparer et regrouper en classes d'objets. Cette sélection doit obéir à un principe de division qui confère à chaque classe une identité propre justifiant d'y inclure ou exclure certains objets. Chaque classe reçoit une terminologie qui permet d'identifier son critère différentiel et donc la particularité des objets qu'elle comprend.

Sur le plan normatif, ensuite, la contribution d'Eisenmann réside dans l'énonciation d'un ensemble de *règles épistémiques* qui confère une discipline à la pratique du classement en droit. Ces règles jouent également un rôle fondamental dans l'évaluation d'une classification. Elles représentent l'étalon à l'aune duquel la *valeur d'une classification* sera appréciée ; une valeur qui, aux dires d'Eisenmann, se réduirait à sa valeur logique et scientifique²⁴.

La valeur logique d'une classification repose sur sa conformité à des principes de logique formelle : le *principe d'unité* qui impose que la division et le regroupement d'objets en classes se fassent au regard d'un même critère, le *principe de cohérence* qui s'oppose à ce qu'un objet puisse appartenir à plus d'une classe en même temps, et le *principe de clarté et précision des définitions* qui exige que les éléments composant chaque classe soient suffisamment intelligibles²⁵.

La valeur scientifique d'une classification a, quant à elle, une structure binaire. Elle présente un versant subjectif – son intérêt intellectuel – et un versant objectif – sa correspondance au droit positif.

C'est ce versant subjectif qu'il convient à présent d'introduire (*A*), avant de procéder à sa critique en établissant son insatisfaction au regard des théories contemporaines de la science (*B*).

A. – Le versant subjectif de la théorie eisenmannienne de la valeur scientifique

Le versant subjectif de la valeur scientifique d'une classification réside dans son intérêt intellectuel, c'est-à-dire dans sa capacité à nous enseigner ou révéler quelque chose d'*important* ou *fondamental* sur les objets ou situations classifié(s). En d'autres termes, une classification scientifique « doit mettre en lumière au moins une vue, un trait, un fait qui compte » pour la connaissance du droit positif²⁶.

La valeur scientifique (au sens d'intérêt intellectuel) est censée s'articuler à la valeur logique d'une classification. D'après Eisenmann, les principes de logique formelle se contentent de délimiter le champ des possibles d'une classification. Ils ne préjugent pas de la valeur scientifique d'une classification. Une classification qui respecte les principes de logique formelle peut être dite « rationnelle »,

24. *Ibid.*, p. 10.

25. *Id.*

26. *Ibid.*, p. 11.





sans pour autant revêtir d'intérêt pour la connaissance et donc de « valeur scientifique »²⁷. Dans ce type de cas, Eisenmann recommande d'abandonner la classification en cause, car toute classification se doit d'être irréprochable sur le plan logique *et* scientifique²⁸.

Néanmoins, si les deux composantes participent à la détermination de la valeur d'une classification, elles n'ont pas, aux yeux d'Eisenmann, la même importance. Il est, en effet, courant de voir une classification se conformer aux principes de la logique formelle. Il est plus rare, cependant, qu'une classification révèle quelque chose d'*important* ou de *fondamental*. C'est pourquoi ce dernier critère revêt « le plus grand poids »²⁹.

Pourtant, la définition qu'Eisenmann donne de l'idée de « valeur scientifique » a quelque chose d'insatisfaisant. C'est à la fois l'élément le plus déterminant et le plus indéterminé – car subjectif – de sa théorie de l'évaluation des classifications. En effet, la capacité à révéler quelque chose d'*important* ou de *fondamental* est tout sauf un critère objectif pour porter son appréciation sur une théorie ou une classification. L'élément le plus central de la théorie de l'évaluation des classifications d'Eisenmann repose ainsi sur un critère subjectif qu'il nomme « valeur scientifique », mais que l'on pourrait tout aussi bien assimiler à une intuition ou une appréciation personnelle.

*B. – Critique d'une conception subjective
et déflationniste de la valeur scientifique*

La conception déflationniste soutenue par Eisenmann – qui isole un versant subjectif de la « valeur scientifique » – plonge sa théorie de l'évaluation des classifications dans un paradoxe, ce qu'il reconnaît lui-même au demeurant : « Que l'on ne se méprenne pas ! Si les explications précédentes énoncent des idées directrices qu'il est salutaire de ne pas oublier, elles n'impliquent assurément pas que l'on penserait et voudrait dire qu'il existe une règle sûre et incontestable qui permette de trouver ou de vérifier pour ainsi dire mathématiquement le meilleur

27. Eisenmann illustre très longuement ce cas qui lui semble fondamental : « Très fréquemment, l'absence de valeur scientifique d'une classification apparaîtra à ce signe qu'elle aboutit à une répartition rationnellement injustifiée, déraisonnable, des objets en question : dans une même classe se trouveront affectés à des classes différentes. Ce fait (dont nous verrons bientôt des exemples en étudiant la *summa divisio* des régimes politiques en monarchie et république), révèle une mauvaise appréciation, une évaluation défectueuse de l'importance – du point de vue de la connaissance – tant des similitudes que des différences entre les objets. Et, en remontant plus haut, il révèle que l'on s'est attaché, pour opérer la classification, à un caractère, à un ou à des contrastes mal choisis » (*ibid.*, p. 11).

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*, p. 19-20.



critère pour une classification d’“objets”. On ne peut pas démontrer *more geometrico* que tel critère soit le meilleur et doive donc être choisi, à l’exclusion de tout autre. Reconnaître le critère le plus valable relève d’un certain “sens rationnel” qui est, comme le sens esthétique, finesse et justesse, affaire de goût et d’instinct ; on ne peut pas ici démontrer ni déduire avec nécessité. Certes, on peut invoquer, pour ou contre un critère, des considérations d’ordre rationnel ; mais jamais ces considérations ne se présenteront ni ne s’imposeront avec la rigueur d’un théorème »³⁰.

Le rapprochement entre valeur scientifique et valeur esthétique n’est pas dénué d’intérêt. Il est en effet courant, en histoire et philosophie des sciences, d’admettre que la valeur d’une théorie s’apprécie au regard d’un ensemble de vertus intellectuelles. Une « bonne » théorie devrait en ce sens être *simple, élégante, claire, cohérente, vraie, utile, explicative*, etc.³¹ Or, s’il est commun en droit d’insister sur le « pouvoir explicatif » ou l’« utilité scientifique » d’une théorie, classification ou hypothèse, il est plus rare en revanche de justifier la supériorité de celles-ci en raison de leurs qualités esthétiques. Dans le domaine des sciences dures, au contraire, une telle attitude est répandue. Nombreux sont les physiciens ou mathématiciens, pour ne citer que ces deux exemples, qui témoignent de la beauté ou de l’élégance d’une théorie, d’un modèle ou d’un théorème³². Angela Breitenbach rapporte ainsi que : « Poincaré, par exemple, considérait la beauté de la nature comme une motivation pour l’enquête scientifique, affirmant que “le scientifique n’étudie pas la nature parce qu’il est utile de le faire”. Il l’étudie parce qu’il y prend plaisir ; et il y prend plaisir parce qu’elle est belle” (Poincaré 1908, p. 22). Certains vont plus loin, considérant que la beauté n’est pas seulement une motivation pour le scientifique, mais une indication de la vérité des théories. Comme le dit Heisenberg, “Si la nature nous conduit à des formes mathématiques d’une grande simplicité et beauté... nous ne pouvons pas nous empêcher de penser qu’elles sont “vraies”, qu’elles révèlent un trait authentique de la nature” (Heisenberg 1971, p. 68). Et, de façon encore plus précise, Einstein a soutenu que les seules théories physiques que nous sommes prêts à accepter sont les plus belles (rapporté dans Wigner 1960, p. 5), alors que Dirac a affirmé

30. C. EISENMANN, « Essai d’une classification théorique des formes politiques », *Politique* 1968, p. 12.

31. Eisenmann lui-même indique dès la première page de ses *Cours* de doctorat qu’une théorie du droit administratif se doit de présenter des qualités d’exactitude, d’harmonie, de cohérence, de clarté et de simplicité (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, Lextenso Éditions, coll. Anthologie du droit, t. 1, 2014 (1982), p. 15). Le rôle que joue effectivement cette liste – qui ne réapparaîtra plus – dans son appréciation d’une théorie ou d’une classification reste délicat à établir.

32. Pour une tentative d’élucidation du rôle joué par les critères de beauté, d’élégance et de simplicité dans les mathématiques v. G.-C. ROTA, « The Phenomenology of Mathematical Beauty », *Synthese* 1997, 111(2), “Proof and Progress in Mathematics”, p. 171-182.



qu'«une théorie avec une beauté mathématique a plus de chances d'être correcte qu'une théorie laide qui correspond à certaines données expérimentales» (Dirac 1970, p. 29). De plus, comme Watson s'en est souvenu, Franklin a trouvé le modèle à double hélice de la structure de l'ADN simplement «trop beau pour ne pas être vrai» (Watson 1968, p. 164) »³³.

Le point intéressant toutefois ne réside pas dans le fait qu'une œuvre scientifique puisse faire l'objet d'une appréciation esthétique, mais qu'une telle appréciation puisse jouer un rôle décisif pour départager des théories, hypothèses ou modèles concurrents³⁴. Cela implique qu'entre deux théories rivales également valides, un scientifique choisira celle qui se distingue par sa simplicité, son élégance ou encore sa beauté³⁵. La directrice de *Nature*, la revue la plus importante dans le domaine des sciences naturelles, reconnaissait elle-même il y a peu le rôle central de l'esthétique : « Nous nous concentrons sur l'originalité, la beauté de l'idée ou de la recherche, sans nous soucier de qui a fait le travail. On doit considérer le mérite de chaque article, pas d'où il vient »³⁶.

L'idée selon laquelle les qualités esthétiques d'une théorie entreraient en compte pour apprécier sa valeur est ancienne. Aristote, Copernic, Galilée, Kepler, Newton, Darwin, Maxwell, Poincaré, Dirac ou encore Einstein sont réputés

33. A. BREITENBACH, « Aesthetics in Science: A Kantian Proposal », *Proceedings of the Aristotelian Society* 2013, New Series, vol. 113, p. 83-84 (notre traduction).

34. Pour une présentation générale, complète et claire sur cette question cf. S. FITZPATRICK, « Simplicity in the Philosophy of Science », *Internet Encyclopedia of Philosophy*, <https://www.iep.utm.edu/simplici/>. Il convient de mentionner la présence d'une précieuse bibliographie commentée.

35. V. en ce sens, par ex., T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. fr. par L. MEYER, 2^e éd., 2018 (1970), p. 253-258 : « Tous les types d'arguments que nous venons d'examiner se fondent sur les capacités comparées des concurrents pour la résolution des problèmes. Ce sont, pour les scientifiques, les arguments généralement les plus significatifs et les plus persuasifs. Les exemples donnés ne laissent pas de doute sur ce point. Mais, pour des raisons auxquelles nous reviendrons bientôt, ces arguments ne sont contraignants ni individuellement ni collectivement. Heureusement, un autre genre de considérations joue souvent aussi en faveur d'un nouveau paradigme. Ce sont les arguments rarement entièrement explicités qui font appel, chez l'individu, au sens de la pertinence ou de l'esthétique : on dit que la nouvelle théorie est « plus élégante », « mieux adaptée », ou « plus simple » que l'ancienne. De tels arguments sont probablement moins efficaces en sciences qu'en mathématiques. Les premières versions de la plupart des nouveaux paradigmes étant grossières, au moment où leur attrait esthétique peut être vraiment mis en valeur, la plus grande partie de la communauté a été persuadée par d'autres moyens. Néanmoins, l'importance des considérations esthétiques est parfois décisive. Même si elles n'attirent que quelques hommes de science à la nouvelle théorie, il se peut que le triomphe ultime dépende de ces quelques-uns » (*ibid.* p. 253-254).

36. Citation tirée d'un article du *Monde* : D. LAROUSSE, « "Nature", la prestigieuse revue que les chercheurs adorent détester », *Le Monde*, 16 juill. 2019, https://www.lemonde.fr/festival/article/2019/07/16/nature-la-prestigieuse-revue-que-les-chercheurs-adorent-detester_5489786_4415198.html.



l'avoir popularisée³⁷. Une croyance que l'on résume souvent à la maxime en vertu de laquelle les théories les plus « simples » sont préférables aux plus « complexes ».

Ce parallèle entre la théorie d'Eisenmann et les théories contemporaines de la science invite, d'une part, à penser qu'une approche déflationniste de la valeur scientifique est insatisfaisante, d'autre part, à envisager qu'une classification puisse, à l'instar d'autres constructions intellectuelles, s'apprécier de manière objective *et* sur la base de considérations esthétiques.

II. OBJECTIVITÉ DES PROPRIÉTÉS ESTHÉTIQUES D'UNE CLASSIFICATION ET ABSENCE DE JUSTIFICATION DU CRITÈRE TIRÉ DE LA CORRESPONDANCE AU DROIT POSITIF

Les théories qui se prononcent sur les critères permettant de juger de la valeur d'une théorie, classification, ou de toute autre production intellectuelle de type « scientifique », sont généralement qualifiées de « théorie du choix » ou « théorie de l'évaluation ». Leur rôle peut se résumer à l'élaboration et la justification d'une liste de vertus intellectuelles – censées désigner des propriétés objectives – qu'une théorie est supposée réunir. Ainsi, contrairement à la conception déflationniste d'Eisenmann, les théories contemporaines de la science cherchent à conférer un contenu substantiel et strictement objectif à la notion de « valeur scientifique »³⁸. Sans surprise toutefois les éléments composant cette liste varient suivant les auteurs et les disciplines. Une large partie des scientifiques, historiens et philosophes des sciences semble néanmoins s'accorder sur le fait que toute théorie du choix se compose d'un ensemble hétéroclite de propriétés objectives que visent les critères logiques (cohérence, clarté), empiriques (vérité, utilité) et esthétiques (simplicité, élégance, symétrie, beauté).

Une théorie du choix est confrontée à trois problèmes majeurs³⁹ : 1) la définition des termes composant la liste des vertus intellectuelles ; 2) la justification expliquant la présence de chaque élément ; 3) le poids qui revient à chacune de ces vertus. Aucun critère n'échappe à ces trois difficultés, mais il est certain que la tâche apparaît plus délicate en ce qui concerne les vertus esthétiques. En effet, qu'est ce que signifie la proposition selon laquelle une théorie scientifique, ou une classification, serait « simple », « élégante » ou « belle » ? Qu'est-ce qui justifie d'avoir recours à des critères esthétiques pour départager des théories ou classifications concurrentes ? Quel poids convient-il d'accorder aux qualités esthétiques d'une théorie ou classification ?

37. V. sur ce point S. FITZPATRICK, art. cité.

38. *Id.*

39. *Id.*



Pour répondre à ces questions, il convient de montrer que les historiens et philosophes des sciences définissent les qualités esthétiques d'une théorie comme des propriétés objectives (A) et que, contrairement aux propos d'Eisenmann sur le critère tiré de la correspondance au droit positif, ils justifient leur recours à des critères esthétiques pour départager des théories ou classifications concurrentes (B).

A. – *Le caractère objectif des propriétés esthétiques d'une classification*

Il est naturel d'être perplexe à l'idée que des théories, ou classifications, pourraient revêtir des propriétés esthétiques et plus encore à l'idée que des qualités comme la simplicité, l'élégance ou la beauté participeraient de leur valeur scientifique. En effet, nos intuitions les mieux établies nous portent à penser, d'une part, que les jugements esthétiques sont éminemment subjectifs, d'autre part, que c'est commettre une erreur de catégorie que de porter une appréciation esthétique au sujet d'une construction intellectuelle telle qu'une théorie scientifique ou une classification doctrinale. Pourtant, dans le domaine des sciences naturelles, de l'histoire et de la philosophie des sciences, *réalisme scientifique*⁴⁰ et *réalisme esthétique*⁴¹ font bon ménage. Les tentatives visant à définir la simplicité, l'élégance ou la beauté comme des propriétés *objectives* et à justifier leur présence dans le corpus des éléments permettant d'apprécier la valeur scientifique d'une théorie, en sont une bonne illustration. Elles constituent une invitation à réviser nos intuitions relatives aux rapports qu'entretiennent science et esthétique.

Les essais de définition des vertus tirées de la simplicité, l'élégance ou la beauté d'une théorie sont nombreux⁴². Il n'est pas certain toutefois que ces qualités esthétiques désignent la même propriété, ni même qu'elles revêtent la même importance dans toutes les disciplines⁴³. Cette question complexe ne sera pas

40. Le « réalisme scientifique » se caractérise par la croyance que le monde existe indépendamment des personnes qui conçoivent des théories scientifiques et que ces théories nous permettent de connaître le monde tel qu'il est vraiment. Sur cette question voir : M. ESFELD, « Le réalisme scientifique et la métaphysique des sciences », in A. BARBEROUSSE, D. BONNAY et M. COZIC (dir.), *Précis de philosophie des sciences*, Vuibert, 2008, p. 389-473.

41. Le « réalisme esthétique » est une théorie philosophique qui soutient, d'une part, qu'il existe des propriétés et des faits esthétiques, d'autre part, que les énoncés esthétiques sont susceptibles d'être vrais ou faux. Sur cette question voir, par exemple, R. POUIVET, *Le réalisme esthétique*, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 2006, 248 p. ; E. M. ZEMACH, *La beauté réelle. Une défense du réalisme esthétique*, trad. fr. S. RÉHAULT, PUR, coll. Aesthetica, 2005.

42. Pour une discussion critique sur ce point S. FITZPATRICK, art. cité.

43. En biologie, par exemple, l'importance du critère de la « simplicité » est plus contrastée (v. H. A. SIMON, « Science seeks parsimony, not simplicity: searching for pattern in phenomena », in H. KEUZENKAMP, M. MCALEER, and A. ZELLNER (éd.), *Simplicity*,



traitée dans le cadre de cette étude qui se limitera à la définition et la justification du critère de la « simplicité ».

Deux définitions – celles des philosophes Elliott Sober et Paul Thagard – nous semblent pertinentes pour appréhender la valeur scientifique des théories et classifications juridiques.

D'après Elliott Sober, la simplicité d'une théorie réside dans sa capacité à informer (*informativeness*), laquelle découle directement de la masse d'informations complémentaires nécessaire pour qu'une théorie nous permette de répondre aux questions qui nous intéressent⁴⁴. Ainsi, moins la résolution d'une question nécessitera de recourir à des informations complémentaires, plus la théorie sera « simple ». Inversement, plus une théorie aura besoin d'informations complémentaires pour permettre la résolution d'une question, plus elle apparaîtra « complexe ». Une théorie qui soutient, par exemple, que « les Français sont généreux » est plus simple que celle indiquant que « les Français sont généreux, sauf en période de crise économique » ; car elle permettra de répondre directement à la question « les Français sont-ils généreux ? », alors que la seconde théorie nécessitera des informations complémentaires relatives à la situation économique. L'inconvénient le plus évident de la théorie de Sober est que la simplicité d'une théorie dépend de la question posée.

Pour Paul Thagard, la simplicité dépend du *ratio* entre le nombre de faits qu'une théorie peut expliquer et le nombre d'hypothèses *auxiliaires*, c'est-à-dire d'énoncés n'appartenant pas à la théorie initiale, qu'elle requiert⁴⁵. Ainsi plus une théorie se suffit à elle-même pour expliquer un maximum de faits, plus elle apparaîtra « simple ». Au contraire, plus une théorie nécessitera l'intervention d'hypothèses *ad hoc* pour expliquer un ensemble de faits, plus elle apparaîtra « complexe ». La simplicité d'une théorie réside donc ici dans sa capacité à expliquer le maximum de faits tout en postulant pour ce faire un minimum d'hypothèses auxiliaires. Si on prend la *Théorie pure du droit*, par exemple, Kelsen soutient que toute norme juridique doit trouver son fondement dans une autre norme juridique. Cette thèse le conduit à un problème de *regressum ad infinitum* qu'il ne peut résoudre qu'en introduisant l'hypothèse d'une « Norme

Inference and Modelling. Keeping it Sophisticatedly Simple, Cambridge University Press, 2004, p. 54). Elle suscite davantage de scepticisme que dans d'autres disciplines comme la physique, les mathématiques, la statistique, l'économie où cette idée semble admise et largement partagée. V., par exemple, le sondage réalisé dans les années 1990 auprès des lauréats du prix Nobel d'économie sur le rôle que la valeur de simplicité joue dans leurs travaux : M. McALEER, "Simplicity: views of some Nobel laureates in economic science", in H. KEUZENKAMP, M. McALEER, and A. ZELLNER (éd.), *Simplicity, Inference and Modelling. Keeping it Sophisticatedly Simple*, Cambridge University Press, 2004, p. 292-296.

44. E. SOBER, *Simplicity*, Oxford University Press, 1975, p. 1 et s.

45. P. THAGARD, *Computational Philosophy of Science*, Cambridge, MA, MIT Press, 1988, p. 82-86, 89-91.



fondamentale »⁴⁶. Contrairement aux normes juridiques ordinaires, la *Norme fondamentale* n'est pas l'objet de la volonté mais de la pensée. Son rôle se limite à mettre un terme au problème de la régression, et donne les moyens au juriste de maintenir une explication strictement juridique de son objet. Pour Thagard, un élément comme la *Norme fondamentale* de Kelsen est une hypothèse auxiliaire qui participe à la complexité de la théorie. Thagard donne plusieurs raisons à cela, qui constituent autant d'indices pour reconnaître une hypothèse *ad hoc*. Elle ne remplit qu'une fonction isolée, a un champ d'application limité et n'est pas partagée par les théories concurrentes. Le problème de ce type de définition de la simplicité réside habituellement dans sa capacité à identifier un corpus théorique dit « initial », ou « fondateur », qui serait distinct d'éléments rajoutés appelés « hypothèses auxiliaires » ou « hypothèses *ad hoc* ».

Si ces exemples nous permettent de mieux saisir ce que ces auteurs entendent par « simplicité », il ne faut pas perdre de vue que ce critère n'intervient que pour départager des théories, ou classifications, également valides⁴⁷, ce qui dans les termes de la théorie d'Eisenmann signifie « conformes à la logique formelle et au droit positif »⁴⁸.

B. – L'absence de justification du critère tiré de la correspondance au droit positif

Il n'est pas suffisant d'indiquer les éléments qui permettent d'évaluer la « valeur scientifique » d'une théorie, il importe également de justifier leur présence. En effet, pourquoi une théorie ou une classification juridique devrait être simple, élégante, cohérente, utile, ou encore correspondre au droit positif ?

D'après les historiens et philosophes des sciences, une théorie de l'évaluation des classifications doit être en mesure de fournir une telle justification, ce qui à notre avis manque dans la théorie conçue par Eisenmann en ce qui concerne le critère tiré de la correspondance au droit positif.

Si l'on reprend le critère tiré de la « simplicité » les scientifiques et les philosophes ont multiplié les tentatives pour expliquer leur préférence pour les théories plus simples ou élégantes. Il a été soutenu, par exemple, que la nature étant simple des théories présentant la même qualité avaient plus de chance d'être

46. Sur ce point v. : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd, trad. fr. C. EISENMANN, Dalloz, 1962 (1960), p. 266-273.

47. Dès la première page de sa fameuse *Théorie de la justice*, John Rawls relève en ce sens qu'une théorie *fausse* doit être rejetée quand bien même elle serait *simple et élégante* (J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised edition*, Harvard University Press, 1999 (1971), p. 3).

48. Eisenmann distingue la *critique interne*, faisant état des faiblesses d'une théorie sur le plan logique, de la *critique externe*, relative à la non-concordance des données théoriques avec le droit positif (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 583-585).



vraies. Cette position fut longtemps populaire chez les physiciens et les astronomes. Aristote, Copernic, Galilée, Kepler, Newton, Maxwell ou Einstein ont contribué à établir cette croyance.

Récemment, des justifications plus convaincantes ont été proposées. Les philosophes des sciences James McAllister et Theo Kuipers estiment que la préférence des scientifiques pour les théories simples ou élégantes se justifie par le lien qu'elles entretiennent avec la vérité⁴⁹. En effet, c'est parce que la plupart des théories scientifiques qui se sont révélées vraies présentaient la qualité de simplicité, d'élégance ou de beauté, qu'il convient de considérer qu'une théorie possédant cette propriété a plus de chance d'être vraie. Dans la littérature dédiée aux problèmes de philosophie des sciences, ce mode de justification prend le nom d'« induction esthétique ».

De la même manière, on peut se demander ce qui justifie d'attendre d'une classification qu'elle corresponde au droit positif. Une telle affirmation est courante dans la littérature juridique. Introduite dans les années 1950-1960 par Charles Eisenmann, le critère a ensuite été repris par la doctrine publiciste⁵⁰. Il trouve sa source dans le programme scientifique conçu par Hans Kelsen et dont la seconde édition de la *Théorie pure du droit* sera traduite en France par Eisenmann.

Si Eisenmann diverge de Kelsen sur certains points, il ne fait pas de doute qu'il adhère dans l'ensemble au projet de l'École viennoise de théorie du droit. Celui-ci assigne à la doctrine une mission en apparence simple : décrire avec objectivité et exactitude le droit positif. En effet, pour Kelsen, si le droit est une discipline qui aspire au statut de science, les juristes se doivent de recourir à des énoncés descriptifs qui tirent leur valeur de vérité de leur correspondance au droit positif⁵¹.

Convaincu de la supériorité du projet normativiste, Eisenmann a transposé cette exigence de correspondance au procédé de la classification juridique. Autrement dit, la justification du critère de la correspondance au droit positif

49. J. W. McALLISTER, "Truth and Beauty in Scientific Reason", *Synthese* 1989, 78(1), p. 25-51, spéc. p. 36-41 ; T. A. F. KUIPERS, "Beauty, a Road to the Truth", *Synthese* 2002, 131(3), p. 291-328.

50. « Dans quelle mesure les idées essentielles adoptées et défendues par M. Jèze sur notre problème s'accordent-elles avec le droit administratif français ? Dans quelle mesure, par conséquent, – puisque c'est là leur objectif – peuvent-elles vraiment être considérées comme les bases adéquates d'une systématisation du droit positif français, c'est-à-dire essentiellement des règles jurisprudentielles établies par le Conseil d'État et par le Tribunal des conflits ? (...) Est-ce que cette idée de l'existence de ces deux catégories à régime pur se vérifie en droit positif ? » (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 46) ; « Il était évidemment indispensable de mettre ce point en lumière, de tirer au clair, la pensée exacte de M. Jèze et de l'« école du service public », avant de prétendre pouvoir décider si leur thèse s'accorde ou non avec les solutions consacrées par le droit positif français » (*ibid.*, p. 49).

51. Sur ce point v. H. KELSEN, *op. cit.*, p. 96-103.

tient à l'idée que le projet positiviste, dans sa variante normativiste, serait le plus à même de permettre une étude scientifique du droit.

Cette justification appelle plusieurs remarques. Premièrement, il ne s'agit pas d'une justification proprement dite, mais d'une proposition qui est admise sans preuve ni discussion. Deuxièmement, le projet de l'École viennoise de théorie du droit a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment de la part du courant réaliste scandinave qui lui reprochait son absence de scientificité⁵². Troisièmement, en imaginant que la théorie normativiste soit effectivement la théorie du droit la plus scientifique, les efforts que demanderait une telle preuve condamneraient la classification juridique à des débats théoriques éminemment complexes qui la rendraient du même coup inopérationnelle. Quatrièmement, il n'est même pas certain que ces « preuves » suffisent à emporter la conviction de chacun et permettent l'émergence d'un consensus⁵³.

Il convient donc d'admettre que l'introduction arbitraire du critère tiré de la correspondance au droit positif n'est pas conforme aux exigences des théories de la science. En effet, elles requièrent que tout critère permettant d'évaluer la valeur scientifique d'une classification soit justifié. Toutefois, il ne semble pas opportun d'entreprendre la justification d'un tel critère, qui présuppose l'existence d'un « argument massue » (*knockdown argument*)⁵⁴ qui permettrait de désigner la meilleure théorie du droit.

III. LA CLASSIFICATION THÉORIQUE COMME SOLUTION À L'IMPASSE JURISPRUDENTIALISTE

Afin d'éviter ces deux problèmes, il est préférable de relativiser l'importance de la correspondance au droit positif dans l'évaluation de la valeur d'une classification et d'envisager un autre modèle de classification. Pour ce faire il convient de distinguer les *classifications techniques* des *classifications théoriques (A)*. Cela nous

52. V. par ex., A. ROSS, « Le 25^e anniversaire de la théorie pure du droit », *Revus* 2014, 24, p. 9-33.

53. En effet, les conceptions post-modernes de la science et de la raison sont fortement ancrées dans le monde des sciences humaines et sociales, où il est courant de relativiser l'importance des notions d'objectivité, vérité, neutralité, preuve etc. Sur cette question v. P. BOGHOSSIAN, *La peur du savoir. Sur le relativisme et le constructivisme de la connaissance*, trad. fr. O. DERROY, Agone, coll. Banc d'essais, 2009 (2006) ; J. CONANT, *Orwell ou le pouvoir de la vérité*, trad. fr. J.-J. ROSAT, Agone, coll. Banc d'essais, 2012 (2000).

54. L'expression "*knockdown argument*" appartient au philosophe Robert NOZICK (*Philosophical explanations*, Harvard University Press, 1981, p. 4 et s.). Elle signifie littéralement *argument mettant K.O. ou hors de combat*. En français, "*knockdown argument*" peut se traduire par « argument massue » si l'on désire conserver la vertu métaphorique de l'expression, ou plus simplement mais aussi moins fidèlement par « argument décisif ».



permettra de montrer que la classification théorique pourrait être une solution à l'impasse du positivisme jurisprudentiel en droit administratif (B).

A. – *La confusion entre classifications techniques et classifications théoriques*

L'étude des classifications est une plateforme de choix pour observer le tournant positiviste qu'a connu la doctrine administrativiste française au cours du XX^e siècle. Sous l'influence du positivisme juridique, les *classifications techniques* ont remplacé les *classifications théoriques*. Ces deux modèles de classifications, pourtant, diffèrent par leur objectif.

Une *classification théorique* a pour objet de proposer une justification rationnelle à une croyance jurisprudentielle. Une *classification technique* a pour objet de rendre compte du droit positif.

Il est donc naturel d'apprécier la valeur scientifique d'une classification technique au regard de sa correspondance au droit positif, mais qu'en est-il de la classification théorique ? A-t-elle une valeur scientifique ? Cette valeur scientifique doit-elle s'apprécier à l'aune de sa correspondance au droit positif ? Une classification technique a-t-elle intrinsèquement plus de valeur et d'intérêt pour le droit administratif qu'une classification théorique ?

Avant de répondre à ces questions, il importe de montrer plus concrètement ce qu'il convient de désigner comme une « classification théorique ».

Les classifications de l'« École du service public » se rapprochent des caractéristiques d'une classification théorique. Le principe qui fonde l'unité de cette « École » réside dans la croyance que la réalisation d'une mission de service public s'accompagne *nécessairement* de l'application d'un régime de droit public. C'est sur cette idée, par exemple, que Jèze s'appuie dans *Les principes généraux du droit administratif* pour classer les différentes activités assumées par l'Administration⁵⁵. Il propose une classification binaire au sein de laquelle s'opposent les activités régies par un régime de pur droit privé aux activités régies par un régime de pur droit public, dont Eisenmann ne cessera de rappeler les limites⁵⁶.

La fausseté de la croyance qui établit un lien de nécessité entre mission de service public et application d'un régime de droit public n'aura échappé à aucun observateur de l'époque. Et pourtant, si les classifications des théoriciens du service public ne correspondent pas fidèlement aux développements du droit administratif, qui finira notamment par admettre l'existence des fameux « SPIC » à partir de 1921⁵⁷, il faut bien admettre qu'elles partent de la jurisprudence. En effet, c'est dans les jurisprudences du Tribunal des conflits et du Conseil

55. G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, V. Giard & E. Brière/LGDJ, 1925.

56. C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 42 et s.

57. T. confl., 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, n° 00706, *Rec.*



d'État que l'on retrouve l'idée selon laquelle le fond d'un litige justifierait la nature du droit applicable et la juridiction compétente⁵⁸. Or, l'objet même d'une classification théorique est de prendre au sérieux une croyance jurisprudentielle en essayant de lui donner un contenu rationnel ; une croyance que la doctrine réduira très vite au simple rang d'une maxime : « La compétence suit le fond ».

Finalement, le principal reproche que l'on peut adresser aux théoriciens du service public est de ne pas avoir su caractériser la nature de leur classification et d'avoir prétendu décrire fidèlement le droit positif. Charles Eisenmann relève en ce sens que : « Au fond il n'est pas exagéré de dire que la définition du droit administratif comme un droit spécial ou autonome reflète le maintien en 1952 de conceptions nées du droit positif des environs de 1910. Le droit et la réalité juridique de 1952 différant grandement sur ce point de ceux de 1910, les auteurs, qui connaissent parfaitement la situation concrète, sont conduits à cette attitude singulière : ils commencent par dire : "voilà le principe capital, et décisif" ; après quoi ils poursuivent : "du moins, il l'a été, à l'époque (selon eux) classique : car aujourd'hui les choses ont bien changé ; ce principe n'est plus pleinement valable" (c'est ce qu'on appelle en rhétorique une litote, une façon atténuée et discrète de dire qu'il ne l'est plus du tout, avec toutes les atteintes qu'il a subies). Mais pourquoi alors persistent-ils à le donner pour le grand et suprême principe, base et clef et tout ? Il n'y a qu'une explication : c'est qu'ils demeurent attachés à l'ancien, au défunt principe ; ils persistent à le tenir pour le meilleur, le plus rationnel et le plus simple. Ceci est leur droit le plus absolu et incontestable ; peut-être ont-ils raison. Mais ce n'est pas le droit administratif naturel ou idéal qu'ils prétendent nous faire connaître ; c'est bien le droit administratif positif de ce milieu du xx^e siècle ; alors, il conviendrait de partir des principes qui s'en dégagent, qu'il consacre plus ou moins implicitement ou explicitement, même si l'on devait les reconnaître pleins d'inconvénients et de défauts. Pour la conception générale, et en premier lieu, pour la définition le redressement est encore à opérer »⁵⁹.

58. T. confl., 8 févr. 1873, *Blanco*, n° 00012, *Rec.* ; CE, 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, n° 30701, *Rec.* ; T. confl., 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, n° 00706.

59. C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 88-89. V. aussi : « Dans les années 1903 à 1910 approximativement, et surtout vers 1910, Duguit et M. Jèze crurent que cette thèse, leur doctrine, avait triomphé définitivement, qu'elle avait rallié, et pour toujours – c'est-à-dire pour très longtemps – le Conseil d'État, le Tribunal des conflits, et, par voie de conséquence, la Cour de cassation elle-même. Ils ont été d'autant plus fortement enclins à le croire d'une foi entière que, tout pénétrés de la valeur de leurs idées, c'était pour eux simplement le triomphe de la vérité, et même d'une vérité évidente. Le droit administratif devrait selon eux, se construire sur cette base : c'était la seule base rationnelle, – cette affirmation revient constamment sous la plume de ces auteurs. Par conséquent, ils crurent que leur doctrine était – comme il se devait – devenue le droit positif en gagnant la jurisprudence. Ils en éprouvèrent, comme de bien entendu, une satisfaction immense, un consentement parfait. Mais ils furent de courte durée : le réveil ne devait pas tarder, désagréable, accompagné d'inquiétude. Ces juridictions que l'on



On ne saurait ignorer cette remarque d'Eisenmann qui, à juste titre, pointe la contradiction existant chez certains théoriciens du service public, et notamment chez Jèze, partagés entre la volonté de décrire le droit positif et de défendre le rôle central du critère du service public. C'est pourquoi il convient de présenter la *classification théorique* comme clairement distincte de la *classification technique*.

B. – La classification théorique : une alternative au modèle jurisprudentieliste des classifications juridiques

D'autres auteurs ont choisi de prendre au sérieux la croyance jurisprudentielle établissant une liaison entre fond-droit-compétence, et ont tenté de lui donner un contenu rationnel tout en évitant la contradiction mise en évidence par Eisenmann. C'est le cas, par exemple, de Francis-Paul Bénéoit.

Ce projet l'a conduit à soutenir qu'il existe une essence des personnes et des situations administratives distincte de l'essence des personnes et situations privées⁶⁰. Il tirera de ce qui s'apparente à une *ontologie sociale du droit* une impossibilité logique pour le juge ou le législateur de choisir arbitrairement un régime pour un type d'activité, personne morale ou objet⁶¹. En effet, pris dans sa dimension positiviste, le principe selon lequel la compétence et le droit suivent le fond souffre de circularité puisque ce sont la compétence du juge *administratif* et le droit *administratif* qui, en réalité, impriment leur caractère *administratif* au fond⁶². Pour éviter ce problème logique il était donc nécessaire d'établir que le fond du droit possède un caractère « public » avant même que n'intervienne un quelconque élément juridique. C'est ce que tentera de démontrer Bénéoit dans son fameux *Droit administratif français*, dont il ne publiera qu'une édition.

Le fait qu'aucune autre édition n'ait vu le jour peut se comprendre comme une forme de lassitude ou d'exaspération de Bénéoit face à un juge et à un législateur devenus insensibles à l'idée d'une liaison entre fond-droit-compétence. Il est possible également de penser que Bénéoit estimait que l'édition de 1968 se

avait cru définitivement acquises rendirent en effet bientôt des arrêts qui paraissent désavouer la doctrine. L'on reprit les armes ; mais, en dépit d'une foi combative et toujours aussi ardentes, on n'obtint pas le retour des égarés à la vérité, que l'on souhaitait ; bien au contraire, les défaites devaient aller se multipliant, l'écart entre la doctrine du service public et le droit positif s'accroissant davantage avec les années » (*ibid.*, p. 51-52).

60. F.-P. BÉNOIT, *Droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 25-26.

61. « Certes, il n'est pas possible de dire, *a priori*, que les solutions du droit public doivent être nécessairement différentes de celles du droit privé. La possibilité des différences, impliquée par la spécificité des problèmes est une nécessité logique, non leur existence effective » (*ibid.*, p. 60).

62. La proposition de M. Lachaume selon laquelle la compétence suit la notion n'échappe pas à cette circularité (J.-F. LACHAUME, « La compétence suit la notion », *AJDA* 2002, n° 2, p. 77).



suffisait à elle-même, dans la mesure où ce manuel n'avait pas vocation à accompagner l'évolution qu'a connue le droit administratif à partir des années 1920. En effet, le manuel de Benoît se lit comme une démonstration visant à montrer que le juge et le législateur sont entrés dans l'erreur à partir du moment où ils n'ont plus considéré les prédicats « privé » et « public » comme désignant deux propriétés objectives et distinctes s'imposant à eux et déterminant la structure du droit français. Pour Benoît, le mouvement libéral ayant conduit à l'idée que le droit civil doit être le droit commun de l'Administration s'est soldé par un échec : « L'administration n'a jamais été "soumise" au droit privé, ni ses pouvoirs atteints ou réduits, ce qui prouve bien qu'ils ne peuvent guère l'être. Le seul résultat tangible de tout ce mouvement aura été, comme on le verra, de compliquer bien inutilement l'élaboration des règles sur les répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions, grâce au vote de quelques textes législatifs d'exception et à une influence néfaste de ces idées sur le Tribunal des conflits, ainsi que de fausser les esprits sur les rapports du droit administratif et du droit privé »⁶³.

Les classifications théoriques du type de celle proposée par Benoît se distinguent nettement des classifications techniques. Leur ambition n'est pas d'établir « la vérité du droit positif »⁶⁴, bien qu'elles prennent pour point de départ la jurisprudence. Leur ambition n'est pas non plus de « révéler l'ordre naturel du monde juridique »⁶⁵, comme ont pu le laisser penser certaines critiques d'Eisenmann⁶⁶.

L'objet d'une classification théorique en droit administratif est de *conférer une justification rationnelle à une croyance jurisprudentielle*, laquelle permettra ensuite de déterminer la division et le répartition des objets, ou situations, que le juge ou le législateur *aurait du suivre* s'il s'était conformé à cette croyance.

C'est ce que fait Benoît lorsque, premièrement, il établit l'existence d'une propriété administrative objective qui confère son caractère public à un objet, une personne morale, ou une situation, avant même l'intervention du juge ou du législateur⁶⁷. Ce faisant, il donne sens au principe selon lequel la compétence suit le fond. Deuxièmement, Benoît est encore dans l'exercice de la classification théorique lorsqu'il demande l'abrogation de la loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957 attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions

63. F.-P. BÉNOÏT, *op. cit.*, p. 62.

64. C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 321.

65. J.-J. BIENVENU, « Actes juridiques et classification », *Droits* 1988, n° 7, p. 21.

66. « Mais, très souvent, les juristes ne réagissent pas de cette façon ; ils réagissent au contraire comme si les "espèces juridiques" étaient fixées une fois pour toutes et dotées d'une existence nécessaire. Ils se comportent en tenants du dogme de l'immutabilité des espèces » (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 642).

67. Pour Benoît, « L'existence du droit administratif est donc avant tout, et en dehors de toute idée de justification, un phénomène qui se constate – au même titre que celle du droit privé » (F.-P. BÉNOÏT, *op. cit.*, p. 56-57).

en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigées contre une personne de droit public au motif qu'elle méconnaîtrait, dans son essence même, le principe de liaison entre fond, droit et compétence⁶⁸.

Autrement dit, une classification théorique ne cherche pas à produire des connaissances. Elle a pour mission d'apporter des justifications à des croyances jurisprudentielles que la doctrine juge *fondamentales* ou *correctes*⁶⁹. De sorte que, si une classification théorique prend sa source dans la jurisprudence, elle n'est pas condamnée à s'y soumettre. Au contraire, il lui revient d'imposer un ordre rationnel au juge et au législateur. Dans cette perspective, le droit positif n'intervient que pour délimiter les croyances susceptibles de former un principe de division pertinent. Il ne représente pas un critère permettant d'apprécier la valeur de ce type de classification.

Les classifications théoriques sont, à notre avis, préférables aux classifications techniques pour au moins trois raisons. De par leur simplicité, leur élégance, elles s'accordent mieux aux standards des théories contemporaines de la science. Elles procèdent, par ailleurs, d'une certaine prudence et humilité puisqu'elles ne nécessitent pas de prendre parti sur la meilleure théorie du droit et ne présupposent pas l'existence d'« arguments massues ». Enfin, elles représentent une solution pour sortir la doctrine de l'impasse du positivisme jurisprudentiel et renouer avec les entreprises de systématisation du droit administratif. En effet, la classification théorique n'implique pas de se couper du droit positif. Elle renoue avec l'esprit de système en délaissant la recherche d'une hypothétique cohérence jurisprudentielle.

68. *Ibid.*, p. 319.

69. Comme le rappelle le philosophe M. Ernest Sosa, en tant qu'être rationnels, nous poursuivons et valorisons ce qui est vrai, bon et beau (E. SOSA, « For the love of truth? », in A. FAIRWEATHER and L. ZAGZEBSKI (ed.), *Virtue Epistemology: Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*, Oxford University Press, 2001, p. 49).