

L'humanistic turn dans la théorie critique du droit : Naissance d'une nouvelle conception dans la théorie du droit au Brésil

Eduardo C. B. Bittar, AVEC LA COLLABORATION DE **Julien Pieret**

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2020/2 Volume 85, PAGES 3 À 23
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.085.0003

Date de mise en ligne : 25/01/2021

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2020-2-page-3?lang=fr>



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



ÉTUDES

L'humanistic turn dans la théorie critique du droit : Naissance d'une nouvelle conception dans la théorie du droit au Brésil*

Eduardo C. B. BITTAR

Professeur associé au Département de Philosophie et de Théorie Générale du Droit
à la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo au Brésil (USP)

avec la collaboration de

Julien PIERET

Professeur chargé de cours à la Faculté de droit et de criminologie de l'Université
libre de Bruxelles, directeur du Centre de droit public (CDP/ULB)

Résumé

Cet article présente la théorie de l'humanisme réaliste, ses fondements et son influence dans la théorie du droit contemporaine. Née dans un Brésil confronté à d'immenses défis sociaux, cette théorie s'inspire de la perspective inaugurée par l'ouvrage Faktizität und Geltung (1992) de Jürgen Habermas et développe une conception réaliste, démocratique et républicaine de la tradition humaniste qui prend acte de la transitivité de la condition humaine. Appliquée au monde de la justice, elle cherche à en humaniser les activités, à en renouveler les pratiques ainsi que l'étude empirique. Socle d'une théorie du droit résolument émancipatoire,

* Une première version de cet article fut traduite du portugais vers le français par Madame Christiane Rêgo. Le manuscrit fut ensuite entièrement révisé par Julien Pieret, membre du Comité scientifique de la revue. L'auteur remercie chaleureusement Christiane Rêgo et Julien Pieret ainsi que l'évaluateur anonyme pour ses remarques ayant permis l'amélioration du propos qui n'engage, bien entendu, que leur auteur. Il remercie également François Ost et Alain Supiot pour leur enthousiasme, leur générosité et leur soutien qui furent décisifs dans la préparation et la publication de cet article. Ce dernier a été présenté et discuté lors d'une séance du séminaire de *Théorie du Droit* à l'Université Paris-Nanterre organisé par le Centre de Théorie et Analyse du Droit – Theoris le 15 février 2018 ainsi que, sous le titre "A humanistic turn in Critical Legal Theory: the birth of a new conception in Brazilian Legal Theory", lors du *XXIX World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy. Dignity, Democracy and Diversity* (Working Group 22: Philosophy & Jurisprudence I), tenu à l'Université de Lucerne entre les 7 et 12 juillet 2019. L'auteur remercie les personnes ayant participé à ces manifestations scientifiques pour les débats noués à ces occasions.

l'humanisme réaliste vise ainsi à actualiser les traditions du réalisme juridique et de la théorie critique dans une perspective latino-américaine contemporaine.

Abstract : A *humanistic turn* in the Critical Legal Theory : he birth of a new conception in the Brazilian Legal Theory

This article presents the realist humanism theory, its foundations and its influence in contemporary legal theory. Born in Brazil, a country facing immense social challenges, this theory is inspired by the perspective opened by Jürgen Habermas' Faktizität und Geltung (1992) and develops a realistic, democratic and republican conception of the humanist tradition that takes into account the transitivity of the human condition. Transposed to law, realist humanism seeks to humanize legal activities, to renew its practices as well as its empirical study. Based on an emancipatory vision of legal theory, realist humanism thus aims to update the traditions of legal realism and critical theory in a contemporary Latin American perspective.

Introduction

Cet article vise à présenter la théorie de l'humanisme réaliste, une contribution originale à la théorie du droit, née dans le contexte particulier du Brésil contemporain¹. Cette théorie repose sur une méthodologie qui appréhende le droit comme un phénomène social ; elle s'oppose, sur ce point, à la théorie analytique du droit dont elle dénonce l'aliénation qu'elle provoque dans le chef des juristes. Son ambition consiste ainsi à dépasser une étude du droit exclusivement centrée sur la forme et la procédure

¹ Pour une présentation complète de la théorie de l'humanisme réaliste, voyez E. C. B. BITTAR, *Introdução ao estudo do Direito. Humanismo, democracia e justiça*, São Paulo, Saraiva, 2018 et, du même auteur, « A humanistic turn in Critical Legal Theory: the birth of a new conception in Brazilian Legal Theory », in *Filosofia do Direito: Diálogos Globais, Temas Polêmicos e Desafios da Justiça*, E. C. B. Bittar (coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 319-332. En effet, la nature limitée du présent article ne permettra pas d'envisager la totalité des arguments que la *théorie de l'humanisme réaliste* charrie, ni l'ensemble des étapes ayant permis son aboutissement provisoire. Celles-ci sont présentées dans les écrits suivants (tous de E. C. B. BITTAR) : « A discussão do conceito de direito », *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2005, n° 81, p. 797-826 ; « Violência e realidade brasileira », *Katálysis*, vol. 11, 2008, n° 2, p. 214-234 ; *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2^e éd., 2009 ; « Ética, técnica e direitos humanos », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 2011, n° 103, p. 139-182 et « Diálogo, consciência cosmopolita e direitos humanos », *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, 2013, n° 22, p. 98-123.

juridiques ; il s'agit plutôt d'envisager le droit comme un outil de régulation des conflits sociaux orienté vers la justice sociale.

Née sur le continent latino-américain, la théorie de l'humanisme réaliste constitue une contribution originale aux traditions réalistes précédemment développées dans le champ de la théorie du droit : 1. le *réalisme juridique scandinave* (Axel Hägerström; Anders Sandöe Örsted; Karl Olivecrona; Wilhelm Lundstedt; Alf Ross) ; 2. le *réalisme juridique italien* (Enrico Pattaro; Giovanni Tarello; Riccardo Guastini; Paolo Comanducci) ; 3. le *réalisme juridique français* (Michel Troper) et enfin 4. le *réalisme juridique étatsunien* (Karl N. Llewellyn; Jerome Frank; Carl Sustein; H. Oliphant; Roscoe Pound; Oliver Holmes; Roberto Mangabeira Unger)². En tant que nouvelle contribution à la théorie du droit, la théorie de l'humanisme réaliste est le résultat de deux décennies de travaux menés au sein de la *Faculté de Droit de l'Université de São Paulo* (USP), la plus ancienne au Brésil, travaux dédiés à la synthèse et la systématisation d'analyses précédentes éparses et encore embryonnaires d'ordre méthodologique et théorique.

Plus précisément, ce cheminement intellectuel a abouti, en 2018, à la publication de l'ouvrage intitulé *Introduction au Droit : humanisme, démocratie et justice*³, qui fournit, à partir des travaux séminaux de Jürgen Habermas⁴, la généalogie de cette nouvelle théorie du droit. Celle-ci puise autant à la sémiotique juridique et au tournant linguistique observé en sciences sociales qu'au paradigme post-moderne appliqué au droit⁵ ; elle aboutit à une conception dialogique du droit envisagé tel un discours permettant l'articulation de la démocratie et des droits humains. Cette théorie se différencie de deux pôles antagonistes de la théorie du droit classique, le positivisme juridique d'une part, les *Critical Legal Studies* d'autre part et c'est sur cette différenciation que porte spécifiquement le présent article qui présentera les prémisses méthodologiques interdisciplinaires situées au cœur de la théorie de l'humanisme réaliste.

² R. GUASTINI, *Das fontes às normas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 107-128.

³ E. C. B. BITTAR, *Introdução ao estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça*, op. cit., supra note 1.

⁴ Voyez J. HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 2003, p. 90-120. Sur cet ouvrage, voyez E. C. B. BITTAR, *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de Teoria Crítica e Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2011 et, du même auteur, *Democracia, justiça e emancipação social: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas*, São Paulo, Quartier Latin, 2013.

⁵ Voyez E. C. B. BITTAR, *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*, São Paulo, Saraiva, 7^e éd., 2017 et, du même auteur, *O direito na pós-modernidade*, São Paulo, Atlas, 3^e éd., 2014. Sur le paradigme postmoderne, voyez plus généralement J.-F. LYOTARD, *A condição pós-moderna*, Lisboa, Gradiva, 2^e éd., 1989 et Z. BAUMAN, *O mal-estar da pós-modernidade*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1998.

Celle-ci naît au sein d'une réalité brésilienne, périphérique et postcoloniale⁶, marquée par une série de crises qu'elles soient démocratiques, économiques, sociales ou morales⁷. Son ambition consiste précisément à contribuer à leur résolution en vue de renforcer les pratiques démocratiques, d'améliorer l'efficacité des institutions juridiques et d'asseoir la place centrale de la dignité de la personne humaine. Dans cette perspective, la régulation juridique et l'activité judiciaire occupent une place centrale et remplissent une fonction stratégique assumée.

Cet article commencera par présenter succinctement le paysage intellectuel dans lequel a pu émerger l'*humanisme réaliste* au Brésil, un paysage situé à l'intersection de la théorie critique héritée de l'*École de Francfort* (1) et de son influence sur la science du droit brésilienne (2). Ce rappel permettra de mettre en évidence les différences que l'*humanisme réaliste* marque par rapport à la théorie juridique traditionnelle (3). Ensuite, les principaux axes directeurs de la *théorie de l'humanisme réaliste* seront exposés au regard du tournant humaniste qu'a rencontré plus généralement la théorie brésilienne du droit et dans lequel l'*humanisme réaliste* s'inscrit (4). Enfin, cet article insistera sur les enjeux culturels (5) et démocratiques (6) que cette théorie envisage pour la régulation juridique, l'activité de justice et leur étude conjointe.

1. La théorie critique au Brésil

La théorie du droit au Brésil a vécu longtemps sous l'influence du positivisme juridique et plus particulièrement de la conception normativiste de Hans Kelsen⁸, certainement la perspective théorique la plus présente dans le monde juridique latino-américain⁹. Ce paysage scientifique, développé tout au long du XX^e siècle, a largement prédominé dans la science du droit brésilienne jusqu'il y a peu¹⁰. Ce n'est qu'à la fin du XX^e siècle que l'influence du *tournant linguistique* dérivé des travaux de Ludwig

⁶ Voyez E. C. B. BITTAR, « Éthos democrático y éthos colonial: la educación en derechos humanos y la democracia como forma de vida », *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, vol. II, 2020, n° 43, p. 273-301.

⁷ Voyez E. C. B. BITTAR, « Crise política e Teoria da Democracia », *Revista de Informação Legislativa*, 2016, n° 211, p. 11-33.

⁸ Voyez H. KELSEN, *Teoria pura do direito*, Coimbra, Arménio Amado, 4^e éd., 1976 et, du même auteur, *Teoria Geral das Normas*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986.

⁹ M. ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2018, p. 51.

¹⁰ L. E. FACHIN, *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2^e éd., 2003, p. 86.

Wittgenstein¹¹ et de la sémiotique d'Algirdas Julien Greimas¹² se fera plus palpable.

Par la suite, au Brésil, la philosophie du droit et la théorie du droit seront de plus en plus sensibles aux conceptions philosophiques contemporaines, apparues après la dictature civile-militaire (1964-1985), et ce dans un contexte marqué par la montée en puissance du discours sur les droits humains et le retour de la liberté d'expression et de la liberté de presse. Ce sera en effet durant cette période de re-démocratisation nationale que la science du droit brésilienne s'ouvrira à différentes traditions théoriques étrangères et, en particulier, à des auteurs tels qu'outre Jürgen Habermas, John Rawls¹³, Ronald Dworkin¹⁴, Norberto Bobbio¹⁵, Alain Supiot¹⁶, Roberto Mangabeira Unger¹⁷, Herbert Hart¹⁸, Niklas Luhmann¹⁹, Hannah Arendt²⁰, Joseph Raz²¹, Axel Honneth²², Robert Alexy²³ et, plus récemment, Thomas Vesting²⁴.

Cependant, durant la plus grande partie du XX^e siècle, la théorie critique et la théorie du droit sont restées comme des liquides

¹¹ Voyez L. WITTGENSTEIN, *Tratado lógico-filosófico. Investigações Filosóficas*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1995 ; T. S. FERRAZ JUNIOR, *Teoria da norma jurídica*, São Paulo, Atlas, 3^e éd., 1997 et L. L. STRECK, *Verdade e consenso*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 3^e éd., 2009.

¹² Voyez E. C. B. BITTAR, *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*, op. cit., supra note 5.

¹³ Voyez N. DE OLIVEIRA et D. G. SOUZA, *Justiça global e democracia: homenagem a John Rawls*, Porto Alegre, Edipucrs, 2009.

¹⁴ Voyez R. P. MACEDO JUNIOR, *Teoria do Direito contemporânea: autores e temas*, Curitiba, Juruá Editora, 2017 et K. KOZICKI (coord.), *Teoria jurídica no século XXI: reflexões críticas*, Curitiba, Juruá Editora, 2007.

¹⁵ Voyez G. TOSI (coord.), *Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz*, João Pessoa, Editora UFPB, 2013.

¹⁶ Voyez A. SUPIOT, *Homo iuridicus*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

¹⁷ Voyez A. M. S. GAUDÊNCIO, *Entre o centro e a periferia: a perspectiva ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no critical legal studies movement*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013 et A. S. DE MORAES GODOY, *Direito e utopia em Roberto Mangabeira Unger: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

¹⁸ Voyez K. KOZICKI (coord.), *Teoria jurídica no século XXI: reflexões críticas*, op. cit., supra note 14.

¹⁹ Voyez C. F. CAMPILONGO, *O direito na sociedade complexa*, São Paulo, Malheiros, 2000.

²⁰ Voyez C. LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

²¹ Voyez J. RAZ, *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*, São Paulo, Martins Fontes, 2012.

²² Voyez R. MELO, *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*, São Paulo, Saraiva, 2013.

²³ Voyez C. TOLEDO (coord.), *O pensamento de Robert Alexy como sistema*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2017.

²⁴ Voyez Th. VESTING, *Teoria do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2015.

immiscibles. La théorie critique, comme approche interdisciplinaire et émancipatoire de l'étude du social, s'exportera au Brésil par la réception des écrits de la première génération de l'*École de Francfort* (Theodor Adorno, Max Horkheimer, Walter Benjamin, Franz Neumann, Herbert Marcuse et Erich Fromm) et ce dans une perspective encore très largement marxiste²⁵. Pendant les années 60-70, cette dissémination de la théorie critique sera mondiale et percolera les facultés de droit ; on l'observe autant aux États Unis avec les *Critical Legal Studies*²⁶, qu'en France avec le mouvement *Critique du Droit*²⁷, en Italie, avec les juges du *Droit Alternatif*²⁸ ou encore en Belgique avec le *Séminaire Interdisciplinaire d'Études Juridiques*²⁹. Ainsi,

le milieu juridique, perméable aux idées de Mai 68 et animé par les débats au sein du marxisme (Gramsci, Althusser), sort alors de son isolement. Les thèses marxistes connaissent alors un certain succès, notamment chez les économistes, et plus largement chez tous les intellectuels qui, dans la mouvance de 1968, veulent redéfinir un vivre ensemble plus juste. Le Mouvement critique du droit apparaît dans les années 70 et la question de l'enseignement du droit, la question de la formation juridique est au cœur de ce projet scientifique et politique particulièrement investie par de jeunes juristes, enseignants ou chercheurs³⁰.

Au Brésil, la pensée de l'*École de Francfort*, particulièrement prégnante dans les domaines de la philosophie, des lettres et des sciences sociales³¹, fera office de résistance intellectuelle à l'oppression dictatoriale. L'appropriation locale de la théorie critique sera graduelle³² et passera par

²⁵ Voyez O. C. F. MATOS, *A Escola de Frankfurt: luzes e sombras do Iluminismo*, São Paulo, Moderna, 2^e éd., 2005.

²⁶ Voyez R. M. UNGER, "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, vol. 96, 1983, n° 3, p. 561-675 et A. C. WOLKMER, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, São Paulo, Sariatava, 5^e éd., 2006, p. 35-38.

²⁷ Voyez M. MIAILLE, *Introdução crítica ao direito*, Lisboa, Estampa, 1994.

²⁸ Voyez A. C. WOLKMER, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, op. cit., supra note 26, p. 44-45.

²⁹ Voyez F. OST, *O tempo do Direito*, Lisboa, Institut Piaget, 2001. Sur l'influence de F. Ost, Voyez A. C. WOLKMER, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, op. cit., supra note 26, p. 58.

³⁰ M. KALUSZYNSKI, « Quelle réforme pour l'enseignement juridique ? Entre Science et Politique, le projet du mouvement Critique du Droit », in *Les Facultés de droit de province au XIX^e et XX^e siècle - Tome 3 : Les conquêtes universitaires*, J.-C. Gaven et F. Audren (dir.), Toulouse, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 441.

³¹ Voyez B. FREITAG (coord.), *Adorno: 100 anos, Revista Tempo Brasileiro*, 2003, n° 155 ; L. KONDER, *Walter Benjamin*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1999 et M. LÖWY, *Walter Benjamin*, São Paulo, Boitempo, 2005.

³² Voyez M. NOBRE, *A teoria crítica*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2004.

plusieurs étapes : d'abord dans les années 60³³, avec des auteurs tels que le critique littéraire Roberto Schwarcz ou le philosophe José Guilherme Merquior³⁴, puis, dans les années 70 avec, entre autres, pour chef de file, le philosophe Sergio Paulo Roaunet³⁵.

Mais c'est la traduction portugaise³⁶ de l'ouvrage *Faktizität und Geltung*³⁷ de Jürgen Habermas qui constituera l'étape décisive de cette évolution : cet ouvrage aura, en effet, une influence majeure dans la théorie du droit brésilienne³⁸ ; il lui offrira les conditions conceptuelles permettant d'articuler les enjeux démocratiques au discours des droits humains³⁹.

À l'heure actuelle, la théorie critique semble durablement installée dans le paysage académique⁴⁰ : dans les universités brésiliennes, les travaux de Jürgen Habermas⁴¹, d'Axel Honneth⁴² et de Rainer Forst⁴³ sont largement étudiés ; ils contribuent, à ce titre, à nourrir les débats contemporains qui marquent le champ de la théorie juridique. La présentation de cette irrigation continue dans les facultés de droit brésilienne feront l'objet des lignes suivantes.

2. Les différentes théories critiques du droit au Brésil

Au Brésil, coexistent, s'affrontent ou se complètent diverses théories critiques du droit qui animent l'ensemble de la philosophie et de la sociologie du droit. Le but du présent article n'est certes pas d'établir une cartographie exhaustive des théories du droit des dernières décennies et actuellement

³³ Voyez B. FREITAG, *A teoria crítica: ontem e hoje*, São Paulo, Brasiliense, 2004, p. 139-147.

³⁴ Voyez J. G. MERQUIOR, *Arte e sociedade em Marcuse, Adorno e Benjamin : ensaio crítico sobre a escola neohegeliana de Frankfurt*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1969.

³⁵ Voyez S. P. ROAUNET, *As razões do iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

³⁶ La première édition en portugais a été traduite par le professeur Flávio Beno Siebeneichler, de l'université de Gama Filho et publiée en 2003, en deux volumes, par les éditions Tempo Brasileiro, dans sa collection Tempo Universitário. Voyez *supra* note 4.

³⁷ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt Am Main, Suhrkamp, 1998.

³⁸ Voyez A. C. MAIA, *Jürgen Habermas: Filósofo do Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

³⁹ J. HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, *op. cit.*, *supra* note 4, p. 158.

⁴⁰ Voyez J. SOUZA et P. MATTOS (coord.), *Teoria crítica no século XXI*, São Paulo, Anna Blume, 2007.

⁴¹ Voyez L. REPA, « The human rights between morals and politics: on Jürgen Habermas's Cosmopolitanism », in *From Social to Cyber Justice: critical views on justice, law and ethics*, N. de Oliveira, M. Hrubec et E. Sobottka (eds), Porto Alegre, PUCRS, Prague, Filosofia, 2018, p. 191-210 et E. C. B. BITTAR, *Democracia, justiça e emancipação social: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas*, *op. cit.*, *supra* note 4.

⁴² Voyez N. DE OLIVEIRA, M. HRUBEC, E. SOBBOTKA et G. SAAVEDRA (eds), *Justice and Recognition*, Porto Alegre, PUCRS, Prague, Filosofia, 2015.

⁴³ R. MELO, « Crítica e justificação em Rainer Forst », *Cadernos de Filosofia Alemã*, 2013, n° 22, p. 11-30.

observables au Brésil; l'on peut cependant, sans prétendre à une quelconque exhaustivité, distinguer dix perspectives critiques⁴⁴ : 1. la *critique du droit* de Luiz Fernando Coelho⁴⁵ ; 2. le *pluralisme dialectique* de Roberto Lyra Filho et le mouvement du *droit des rues (direito achado na rua)*⁴⁶ ; 3. le mouvement *droit alternatif (direito alternativo)*⁴⁷; 4. la *sémiologie critique* de Luiz Alberto Warat⁴⁸ ; 5. le *pluralisme juridique* d'Antonio Carlos Wolkmer⁴⁹ ; 6. le *marxisme contemporain* d'Alysson Mascaro⁵⁰ ; 7. le *constitutionnalisme sociologique et critique* de Marcelo Neves⁵¹ ; 8. le *constitutionnalisme critique et discursif* de Cláudio Pereira de Souza Neto⁵² et Marcelo A. Cattoni de Oliveira⁵³ ; 9. l'*éthique humaniste* de Fabio Konder Comparato⁵⁴ et enfin 10. la théorie faisant l'objet d'un présent article, soit la *théorie de l'humanisme réaliste* d'Eduardo C. B. Bittar. Tant quantitativement que qualitativement, cette production intellectuelle frappe par son importance ; elle est indubitablement l'indice d'un élargissement des horizons philosophiques, sociologiques et juridiques du Brésil.

La *théorie de l'humanisme réaliste* peut être considérée comme la plus récente de toutes les théories indiquées ici. Elle se présente comme une nouvelle conception de la théorie du droit, fondée sur la relation intime qu'entretiennent démocratie participative et droits humains, relation posée par la philosophie du droit de Jürgen Habermas⁵⁵ ; elle vise à construire une théorie du droit adaptée au contexte latino-américain et spécialement orientée vers la réalité sociale brésilienne. Bien que récente, son influence

⁴⁴ Dans le champ plus spécifique de la sociologie du droit brésilienne, on notera aussi l'influence importante du sociologue portugais Boaventura de Sousa Santos ; voyez B. S. SANTOS, *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito*, São Paulo, Cortez, 2014.

⁴⁵ Voyez F. COELHO, *Teoria Crítica do Direito*, Rio Grande do Sul, Sergio Fabris Editor, 1991.

⁴⁶ Voyez R. LYRA FILHO, *O que é Direito*, São Paulo, Brasiliense, 2006, p. 26.

⁴⁷ Voyez A. C. WOLKMER, *Introdução ao pensamento jurídico crítico, op. cit., supra* note 26, p. 154.

⁴⁸ Voyez *ibidem*, p. 123.

⁴⁹ Voyez A. C. WOLKMER, *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*, São Paulo, Alfa-Ômega, 3^e éd., 2001.

⁵⁰ Voyez A. L. MASCARO, *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2003.

⁵¹ Voyez M. NEVES, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 31-50.

⁵² Voyez C. P. SOUZA NETO, *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

⁵³ Voyez M. A. C. OLIVEIRA, *Direito, Política e Filosofia*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

⁵⁴ Voyez F. K. COMPARATO, *A civilização capitalista*, São Paulo, Saraiva, 2013.

⁵⁵ Voyez J. HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade, op. cit., supra* note 4, p. 244.

dans la théorie générale du droit se fait croissante⁵⁶ et son impact sur la théorie de la démocratie⁵⁷, l'enseignement juridique critique⁵⁸ et la méthodologie du droit⁵⁹ se fait chaque jour plus palpable. On notera aussi son usage dans diverses branches du droit plus spécifiques, ainsi le droit de l'environnement⁶⁰.

3. La théorie de l'humanisme réaliste et la théorie traditionnelle du droit

La *théorie de l'humanisme réaliste* constitue, au Brésil, une tentative de réponse à de nombreux défis, tant théoriques que politiques. D'une part, il s'agit essentiellement d'une théorie du droit opposée à la théorie positiviste qui, sous l'influence d'Hans Kelsen, tend à réduire le droit à la loi⁶¹. D'autre part, il s'agit d'une théorie critique opposée à la tradition historique du *bacharelismo*⁶² et à la tendance néoconservatrice, prégnante dans la politique brésilienne contemporaine. En tant que refuge et rempart en temps de crise et d'intolérance, cette théorie critique apparaît indispensable en vue de faire face à l'exaltation démesurée de la technique juridique, à la conception de l'ordre juridique comme ordre hiérarchique, à la déshumanisation des relations humaines et sociales, au conservatisme de la justice et à la glorification irrationnelle de l'ère du numérique⁶³.

La *théorie de l'humanisme réaliste* offre un creuset fécond aux concepts et aux méthodes permettant d'affronter les principales questions

⁵⁶ « Parmi les théories contemporaines, offrant de nouvelles perspectives pour la recherche, on peut pointer Plauto Faraco de Azevedo, Juarez Freitas et Eduardo C. B. Bittar » affirme ainsi A. C. WOLKMER dans son *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, *op. cit.*, *supra* note 26, p. 121. Traduction libre.

⁵⁷ Voyez G. P. CABRAL, *Educação para a democracia no Brasil: fundamentação filosófica a partir de John Dewey e Jürgen Habermas*, São Paulo, Alameda, 2017.

⁵⁸ Voyez P. P. PERUZZO, « Uma proposta humanista para o estudo do Direito », *Justificando*, 19 juillet 2018 ; disponible en ligne : <http://www.justificando.com/2018/07/19/proposta-humanista-para-o-estudo-do-direito/> (consulté la dernière fois le 29 septembre 2020).

⁵⁹ Voyez S. MENDONÇA, « Ensino Jurídico e Educação em Direitos Humanos: como o estudo de casos pode alavancar uma visão realista e humanista para o Direito », *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, vol. 6, 2018, n° 1, p. 251-255.

⁶⁰ Voyez M. R. ATTANASIO JUNIOR, *Direito Ambiental e a Teoria Crítica da Escola de Frankfurt*, Curitiba, Juruá, 2018, p. 184.

⁶¹ Voyez H. KELSEN, *Teoria pura do direito*, *op. cit.*, *supra* note 8.

⁶² Par *bacharelismo*, on désigne une « modalité d'exercice de la politique imprégnée d'une rhétorique creuse », qui fut importée « des technologies institutionnelles de l'Europe aux XVIII^e et XIX^e siècles » et qui a fortement pesé sur la construction de « l'espace juridique brésilien » ; F. ENGELMANN, « La redéfinition de l'enseignement et de l'espace juridique brésilien », *Cahiers du Brésil Contemporain*, 2004-2005, n° 57-58/59-60, p. 180.

⁶³ Voyez A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Nantes, Fayard, 2015.

que pose la théorie du droit⁶⁴. Son objet est le droit, son épistémologie est critique-réaliste, sa perspective scientifique interdisciplinaire et ses objectifs sont l'humanisation des pratiques juridiques contemporaines, l'émancipation de la violence et la promotion de la justice sociale. Simultanément théorie du droit et analyse de la pratique juridique, la *théorie de l'humanisme réaliste* repose autant sur le renouvellement de la théorie critique que sur l'ajustement du réalisme juridique à la réalité latino-américaine mais la philosophie du droit qu'elle véhicule est tout entière orientée vers un agenda domestique de justice sociale⁶⁵. Ainsi, cette théorie joue un double rôle : au niveau local, elle favorise, d'une part, la pluralisation des sciences juridiques, plus globalement, elle contribue, d'autre part, à élargir les perspectives de la théorie critique.

Étant héritière de la tradition du réalisme émancipateur, la *théorie de l'humanisme réaliste* est sensible aux défis auxquels est confronté le Brésil contemporain (taux élevés de violence ; inégalité croissante ; pauvreté grandissante ; citoyenneté affaiblie ; absence de droits sociaux pour la population). Dans ce contexte, elle envisage le droit comme le résultat d'un champ de luttes dont l'issue permet l'institutionnalisation et la stabilisation de nouveaux droits, toujours provisoires, jusqu'aux prochains combats sociaux. Elle vise ainsi à peser sur les pratiques juridiques afin que celles-ci puissent rencontrer les demandes concrètes de justice, faire obstacle à l'autoritarisme et la violence du pouvoir et participer à l'émancipation citoyenne et au renforcement démocratique. Avec force, elle affirme ainsi que les juristes ont une responsabilité importante et, corrélativement, un rôle décisif à jouer en vue de résoudre les questions sociales et politiques qui minent aujourd'hui le continent latino-américain.

Dans cette perspective, théorie et pratiques juridiques ne sont pas opposées : la première fonde l'intervention des secondes en faveur de la justice sociale et de la dignité humaine. En d'autres termes, la théorie du droit n'a d'autre horizon que celui consistant à servir de support à une lecture du droit devant soutenir une pratique visant ces objectifs. Et c'est aux juristes qu'il appartient de transformer le droit positif à des fins de justice

⁶⁴ « [La théorie du droit] se distingue de la doctrine juridique par sa prétention à fournir une théorie de l'ordre juridique dans son ensemble » ; J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, op. cit., supra note 37, p. 241. Traduction libre.

⁶⁵ Voyez M. ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, op. cit., supra note 9, p. 59 et p. 83.

sociale, compte tenu du rôle que jouent la législation et la jurisprudence dans la transformation des réalités concrètes d'existence⁶⁶.

4. L'*humanistic turn* de la théorie brésilienne du droit

En vue de comprendre l'évolution contemporaine rencontrée par la théorie brésilienne du droit, il est décisif de noter que son *tournant humaniste* constitue le prolongement direct du *tournant linguistique* qu'elle avait précédemment amorcé⁶⁷. Ce *tournant humaniste* constitue le socle de la théorie renouvelée du droit qu'envisage l'*humanisme réaliste* ; il est présenté dès l'introduction de l'ouvrage précité de 2018 et fondateur de la *théorie de l'humanisme réaliste*⁶⁸, il en scande les principaux postulats ci-après résumés :

a. Sur la science du droit : la science du droit est une science normative, autonome, spécialisée et interdisciplinaire, qui étudie les modes de régulation des conflits sociaux et qui a pour objets cognitifs principaux : la régulation sociale, la cohérence et l'unité du système juridique, la transformation sociale et la justice⁶⁹. Cependant, l'autonomie de la science du droit n'implique pas son isolement théorique : sur le plan tant méthodologique que conceptuel, elle se nourrit et s'affine à mesure qu'elle se rapproche d'autres sciences humaines et sociales.

b. Sur le concept de droit : le droit est défini comme un système complexe de principes et de règles juridiques qui a comme but la réalisation de la justice et la coordination de l'action sociale⁷⁰.

c. Sur la structure du système juridique : le système juridique est composé d'anneaux circulaires, qui forment un réseau sémiotique de textes juridiques ; le centre de ce système est la notion de dignité de la personne humaine, un méta-principe qui fait office de cœur et de fondement au droit positif consacré par la constitution⁷¹.

⁶⁶ « Contrairement aux théories philosophiques de la justice, la théorie du droit s'ancre au sein des systèmes juridiques concrets » ; J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, op. cit., supra note 37, p. 240. Traduction libre.

⁶⁷ Voyez L. WITTGENSTEIN, *Tratado lógico-filosófico. Investigações Filosóficas*, op. cit. et T. S. FERRAZ JUNIOR, *Teoria da norma jurídica*, op. cit., supra note 11.

⁶⁸ E. C. B. BITTAR, *Introdução ao estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça*, op. cit., supra note 1.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 40-45.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 423.

⁷¹ *Ibidem*, p. 449.

d. Sur la légalité et la légitimité du droit : la légalité formelle est l'institutionnalisation, par le pouvoir bureaucratique de l'État, des produits de la participation et de la représentation démocratiques ; la légitimité du droit est donc mesurée à sa capacité de rendre compte des dynamiques citoyennes et de la souveraineté du peuple⁷². Les pratiques démocratiques permettent ainsi de concrétiser les liens entre légalité et légitimité du droit.

e. Sur le discours juridique : le discours juridique est l'activité d'énonciation linguistique qui mobilise les règles et les principes de droit, le résultat de pratiques textuelles d'interprétation et d'argumentation ; la vérité juridique n'est rien de plus qu'une construction narrative et discursive⁷³, elle n'est jamais seulement le produit de déductions rationnelles menées à partir des textes de loi⁷⁴.

f. Sur la dynamique du système juridique : le système juridique est ouvert, pluriel, lacunaire et non dénué d'incohérences ; ces caractéristiques expliquent que l'élaboration et l'adoption des normes juridiques n'épuisent pas le système juridique dont la compréhension dépend toujours de l'activité de l'interprète qui l'étudie⁷⁵.

g. Sur le langage juridique : le langage juridique ne fournit qu'un point de départ pour le raisonnement juridique ; la *texture ouverte* des normes juridiques relativise toute prétention définitive que pourrait revendiquer ce langage⁷⁶.

h. Sur la justice : la justice, objectif du droit dans la *théorie humaniste réaliste*, constitue la contrepartie du pouvoir et de la domination ; elle est révélatrice de la tension permanente qui existe entre la vocation universelle des structures formelles du droit et les particularités des contextes historiques et sociaux des lois positives locales⁷⁷.

⁷² *Ibidem*, p. 349.

⁷³ « Non seulement le syllogisme juridique ne décrit pas la manière dont les décisions sont prises et ne rend pas suffisamment compte de la manière dont elles sont justifiées, il repose, en outre, sur une conceptualisation du problème qui est en soi contestable » (B. JACKSON, *Law, fact and narrative coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988, p. 90. Traduction libre).

⁷⁴ E. C. B. BITTAR, *Introdução ao estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça, op. cit.*, *supra* note 1, p. 477.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 455.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 476.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 599.

Tels sont les principaux axes de la *théorie de l'humanisme réaliste* qui contrastent avec les postulats traditionnels d'une conception formelle du droit le réduisant à un système de règles hiérarchisées et de concepts abstraits. La perspective critique de *l'humanisme réaliste* est instrumentale : le droit est son mode privilégié de concrétisation et d'institutionnalisation de la transformation d'une sous-citoyenneté (*subcidadania*) en une citoyenneté (*cidadania*)⁷⁸, il constitue la matrice des conditions permettant le dépassement d'une réalité sociale marquée par la violence, l'injustice sociale⁷⁹ et l'inégalité⁸⁰. Or, c'est précisément à cette réalité sociale dramatique que fut toujours insensible la théorie traditionnelle du droit, théorie qui, engoncée dans ses raisonnements formalistes, fait office de repoussoir à la *théorie de l'humanisme réaliste*.

En reprenant et en systématisant certains des résultats produits plus généralement par la théorie critique, *l'humanisme réaliste* poursuit les objectifs suivants en vue de renouveler la compréhension contemporaine du droit :

- a. Développer une formation juridique humaniste et critique**, fondée sur une conception réaliste du droit, où l'étude formelle des normes juridiques ne constitue pas la seule activité du juriste qui doit également les appréhender au regard des conflits sociaux situés à leur origine.
- b. Encourager l'émancipation des diverses formes d'oppression sociale**, des individus et des groupes sociaux spécifiques, en mettant à la disposition des acteurs de la société civile le potentiel stratégique que présentent les normes et procédures juridiques.
- c. Promouvoir une méthodologie juridique interdisciplinaire**, en relation d'intercompréhension avec les sciences humaines et sociales, permettant une connaissance du droit qui soit à la fois critique et sociale.

⁷⁸ « Dans les sociétés périphériques comme celle du Brésil, l'habitus précaire – qui implique l'existence de réseaux invisibles et d'objectifs qui disqualifient les individus et les groupes précaires au rang de sous-producteurs et de sous-citoyens – est un phénomène de masse » affirme le sociologue brésilien Jessé DE SOUZA (*Subcidadania brasileira*, Rio de Janeiro, Leya, 2018, p. 254. Traduction libre).

⁷⁹ « Au Brésil, la démocratie entretient une relation perverse avec l'injustice sociale » ; L. SCHWARCZ et H. STARLING, *Brasil: uma biografia*, São Paulo, Companhia das Letras, 2015, p. 502. Traduction libre.

⁸⁰ « Les plus grandes difficultés sociales s'expliquent par la persistance de profondes inégalités ayant caractérisé le pays depuis l'indépendance » ; J. M. CARVALHO, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 21^e éd., 2016, p. 209. Traduction libre.

d. Poser l'exigence de respect des droits humains au centre des discussions juridiques contemporaines et encourager la participation sociale, la citoyenneté et la réforme des institutions démocratiques.

e. Accompagner la lutte pour les droits humains, promouvoir l'humanisation des institutions de justice et consolider l'État social et démocratique de droit.

f. Promouvoir la justice sociale, l'autonomie et la dignité de la personne humaine.

Face à la théorie juridique traditionnelle et à la vision analytique qui la soutient, l'*humanisme réaliste* se manifeste comme la critique d'une vision du monde abstraite, formaliste, froide et vide que véhiculent des juristes déconnectés des réalités sociales et des besoins populaires⁸¹. Il s'appuie sur un humanisme social, démocratique et républicain, laïc et rationnel, qui fixe un triple agenda à la science du droit :

a. La science du droit doit concilier son autonomie avec l'interconnexion interdisciplinaire, en évitant autant que possible l'isolement scientifique ; elle doit s'inscrire dans le paysage global des sciences humaines et sociales et tenir compte des résultats auxquels elles parviennent, afin que l'analyse juridique puisse gagner en cohérence théorique, en précision empirique et en efficacité sociale.

b. La science du droit restera une science inachevée, elle aura toujours besoin de paradigmes-passerelles avec les autres disciplines des sciences humaines et sociales en vue d'affiner et d'actualiser ses contenus, ses objectifs et ses méthodes.

c. La science du droit est une science instrumentale qui doit poursuivre des objectifs de justice sociale et de dignité humaine ; il s'agit d'une discipline consciente que l'action locale est décisive pour transformer les inégalités matérielles et dépasser les expressions contemporaines de la violence sociale.

Cet agenda proposé par la *théorie de l'humanisme réaliste* acterait l'abandon définitif des apories du formalisme juridique et permettrait de reconnecter les juristes au contexte social, politique, économique et culturel dans lequel ils évoluent et face auquel ils sont si souvent restés aveuglés, tout occupés qu'ils étaient à célébrer le culte de la loi, de la procédure et des

⁸¹ Voyez aussi en ce sens B. S. SANTOS, *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito*, *op. cit.*, *supra* note 44 et A. C. WOLKMER, *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*, *op. cit.*, *supra* note 49.

formes juridiques. Et ce sont précisément les frontières disciplinaires que la dogmatique a étanchéifiées qu'il s'agit aujourd'hui de lever en vue de nourrir la formation juridique⁸². Telle est la condition, nécessaire mais non suffisante, pour que le droit et la science qui lui est spécifique soient à la hauteur des enjeux posés à la société brésilienne. En bref, il faut définitivement acter que le positivisme juridique offre un modèle théorique insuffisant pour faire face à la complexité sociale contemporaine et affronter la réalité latino-américaine : il a toujours été et demeure plus que jamais incapable d'offrir à la théorie du droit un horizon pratique susceptible de baliser une discipline juridique émancipatoire.

5. La théorie du droit et les défis de la culture du droit

En dernière instance, la culture du droit n'est que l'ensemble des croyances et des pratiques établies par la communauté des juristes. Au Brésil, et plus généralement parmi la communauté juridique latino-américaine, la culture du droit repose traditionnellement sur le formalisme et la bureaucratie. Le discours juridique aboutit, dans cette perspective, à développer une conscience technocratique chez les juristes. Aujourd'hui, cette conscience apparaît totalement inefficace au regard des défis auxquels est confrontée la société brésilienne, défis qui exigent des juristes une pratique plus émancipatrice et plus directement orientée vers l'effectivité des droits sociaux et la réalisation de la justice sociale. C'est d'ailleurs cette ambition – contribuer au progrès social – qui rend indispensables les collaborations entre la science du droit et les autres sciences humaines et sociales : la philosophie, l'histoire, l'anthropologie, la sociologie mais aussi la science politique, la science économique ou encore la sémiotique doivent impérativement nourrir le droit, son élaboration et son étude.

Faute d'intense interdisciplinarité, la discipline juridique restera largement déconnectée des réalités sociales et les juristes demeureront dans leur tour d'ivoire formaliste. Dans le sillage des *Critical Legal Studies* et en suivant plus particulièrement le chemin tracé par Roberto Mangabeira Unger, il s'agit bien d'assumer le rôle central du droit dans la possibilité d'une reconstruction démocratique de la vie sociale (*democratic remaking of social life*)⁸³. Cependant, si elle en partage le même leitmotiv interdisciplinaire, la *théorie de l'humanisme réaliste* n'aboutit pas aux

⁸² Voyez P. P. PERUZZO, « Uma proposta humanista para o estudo do Direito », *op. cit.*, *supra* note 58.

⁸³ R. M. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement: another time, a greater task*, New York, Verso, 2015, p. 199.

mêmes conclusions radicales que celles produites par les *Critical Legal Studies* étatsuniennes. La *théorie de l'humanisme réaliste* revendique ainsi une science du droit autonome, avec sa propre méthode et ses propres objets, là où le mouvement des *Critical Legal Studies* aboutissait à une science juridique indistincte de la science politique vu l'identité postulée entre le droit et la politique (*law is politics*). Aussi, apparaît-elle moins radicale dans les propositions de réforme qui en émanent par rapport aux perspectives plus révolutionnaires qu'ont produites les *Critical Legal Studies*⁸⁴. Enfin, loin de prétendre à tout universalisme abstrait, la *théorie de l'humanisme réaliste* s'ancre dans un contexte local dont elle affronte les défis contemporains⁸⁵ et valorise à cette fin les savoir-faire normatifs locaux.

Si la culture du droit est comprise comme le langage et la pratique d'une communauté de spécialistes, la cristallisation des idéologies formalistes a contribué à réduire la régulation juridique à un discours symbolique dont l'inefficacité en vue de répondre aux besoins sociaux, réels et concrets, fut soigneusement organisée. En ce sens, la *théorie de l'humanisme réaliste* envisage la transformation de la culture du droit comme un moyen de changer les pratiques juridiques ; elle poursuit à cette fin l'appropriation, l'intériorisation et le renouvellement des idéaux émancipateurs de la théorie critique par la culture juridique.

Or, si l'indétermination du langage juridique est la condition de l'usage politique du droit, la *théorie de l'humanisme réaliste* – qui reconnaît un pouvoir créateur au juge⁸⁶ – parie précisément sur le renouvellement permanent du sens des normes juridiques à travers une actualisation pragmatique et constante du discours juridique. Elle vise ainsi à investir un espace situé entre, d'une part, la stabilité du système juridique garantie par l'institutionnalité du droit et, d'autre part, sa dynamique propre alimentée par l'historicité des contextes d'application du droit.

Les spécificités épistémologiques – qu'est-ce que la théorie du droit et sur quel objet porte-t-elle ? –, téléologiques – à quoi sert-elle ? – et méthodologiques – comment construire cette théorie ? – de la *théorie de l'humanisme réaliste* la distinguent aisément des paradigmes traditionnels de la théorie du droit. Parmi ceux-ci et pour ne s'attarder qu'aux principaux,

⁸⁴ Voyez A. S. DE MORAES GODOY, « O Critical Legal Studies Movement de Roberto Mangabeira Unger », *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 8, 2007, n° 82, p. 49-63.

⁸⁵ Voyez E. C. B. BITTAR, « Crise política e Teoria da Democracia », *op. cit.*, *supra* note 7, p. 11-33. Plus généralement, voyez aussi R. FORST, *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*, São Paulo, Boitempo, 2010.

⁸⁶ R. M. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement: another time, a greater task*, *op. cit.*, *supra* note 83, p. 100.

une perspective relevant de l'*humanisme réaliste* se démarque, par exemple, des approches jusnaturalistes : en effet, elle n'estime pas décisif le débat relatif à la nature humaine, à son existence ou ses caractéristiques ; elle privilégie des recherches plus opérationnelles et directement orientées vers la notion de dignité humaine située au cœur du discours des droits humains.

Confrontée au positivisme et au normativisme d'Hans Kelsen dont la question de recherche est celle de la validité formelle de normes hiérarchisées, la *théorie de l'humanisme réaliste* se concentre, elle, sur la légitimité substantielle des règles et principes juridiques, mesurée à l'aune de leur capacité à réaliser la justice sociale.

Si elle s'inscrit dans le paradigme réaliste, elle n'est pas que réaliste : ainsi, par rapport au réalisme par exemple développé par Alf Ross pour qui le droit n'est, en bref, que le résultat de l'activité des juges⁸⁷, la *théorie de l'humanisme réaliste* appréhende le discours juridique comme un produit législatif sans cesse actualisé et spécifié par la pratique judiciaire.

Enfin, si l'on envisage le courant fonctionnaliste tel qu'il est, par exemple, illustré par la sociologie du droit de Niklas Luhmann qui attribue au sous-système juridique un rôle de stabilisation des attentes normatives⁸⁸, la *théorie de l'humanisme réaliste* est plus exigeante : le droit n'a pas uniquement pour fonction de garantir une certaine sécurité juridique ; à l'inverse, il doit prioritairement reconnaître, légitimer et opérationnaliser les besoins réels exprimés par des acteurs sociaux en mouvement permanent.

C'est notamment par la démarcation qu'elle opère par rapport aux paradigmes classiques de la théorie du droit que la *théorie de l'humanisme réaliste* donne à voir sa dimension à proprement parler humaniste. Celle-ci sera concrétisée dans la dernière partie de cet article. Mais ce n'est pas tout : l'humanisme de la théorie trouve ses racines dans l'histoire contemporaine dont il tire les leçons, il envisage, pour l'avenir, une posture juridique réflexive et sans cesse attentive à la protection de la dignité humaine, à la réalisation de la justice sociale et au renforcement des pratiques démocratiques populaires.

⁸⁷ Voyez A. ROSS, *Direito e justiça*, São Paulo, Edipro, 2000.

⁸⁸ Voyez N. LUHMANN, *Sociologia do direito*, 2 volumes, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.

6. L'humanisme de la théorie de l'humanisme réaliste

Si toute théorie critique aboutit à penser au-delà des horizons présents, la *théorie de l'humanisme* réaliste charrie une volonté d'utopie concrète chère à Jürgen Habermas⁸⁹ : d'une part, elle refuse d'envisager le droit comme un instrument d'oppression sociale, d'autre part et corrélativement, elle défend une position incompatible avec le soutien aux autoritarismes historiques et aux dystopies anti-démocratiques. Il convient, ici, de rappeler la *formule de Radbruch* émise après la seconde guerre mondiale et qui autorise le juge à juger contre la loi si celle-ci est contraire à l'égalité ou la dignité humaine⁹⁰, une formule qui trouve toute sa place au sein de l'*humanisme réaliste*⁹¹. Ce dernier ne reconnaît pas seulement l'existence de liens entre les registres juridiques, politiques ou moraux ; résolument, il assume et travaille la connexion permanente entre les notions de droit, de justice et de morale.

Dans cette perspective, le droit est tout entier au service de l'émancipation populaire, du contrôle citoyen et démocratique sur l'exercice du pouvoir et de l'approfondissement des valeurs centrales de la modernité, la justice, la liberté, l'égalité, la diversité et la solidarité. Ainsi, le droit est le moteur d'une reconnaissance symbolique⁹² et d'une redistribution sociale. Cependant, il apparaît encore nécessaire d'affiner le concept d'humanisme posé au centre de la *théorie de l'humanisme réaliste*. De fait, chacun de ses usages semble ouvrir un abîme sémantique vu l'existence de plusieurs acceptations du terme à travers l'histoire et sa polysémie contemporaine.

Premièrement, la prétention réaliste de l'humanisme ici convoqué vise à rappeler l'objectif poursuivi par la théorie : œuvrer à la transformation de la réalité sociale du Brésil, caractérisée aujourd'hui par un climat général de violence, de misère, d'inégalité et d'injustice⁹³. La théorie du droit portée par

⁸⁹ « L'utopie réaliste des droits de l'homme » constitue d'ailleurs le titre d'un chapitre de l'ouvrage qu'Habermas a consacré à la Constitution européenne ; J. HABERMAS, *Sobre a Constituição da Europa: um Ensaio*, São Paulo, UNESP, 2012, p. 31.

⁹⁰ Sur cette formule et la personnalité de Gustav Radbruch, voyez O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours nazi*, Paris, PUF, 2017, p. 27-37. Voyez aussi R. ALEXY, *Conceito e validade do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2011, p. 43.

⁹¹ E. C. B. BITTAR, *Introdução ao estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça, op. cit., supra note 1*, p. 73.

⁹² Voyez A. HONNETH, *O direito da liberdade*, São Paulo, Martins Fontes, 2015, p. 125 et s.

⁹³ Sur ce climat, voyez les études suivantes, toutes fondées sur des recherches empiriques : J. DE SOUZA, *Subcidadania brasileira, op. cit., supra note 78* ; L. SCHWARCZ et H. STARLING, *Brasil: uma biografia, op. cit., supra note 79* et J. M. CARVALHO, *Cidadania no Brasil: o longo caminho, op. cit., supra note 80*. Plus généralement, sur les contradictions de la modernité

l'humanisme réaliste, située au sein des réalités postcoloniales latino-américaines, ne peut ignorer ces défis et c'est d'ailleurs en vue de les affronter en connaissance de cause que le recours aux données et résultats produits par les autres sciences humaines et sociales apparaît indispensable.

Deuxièmement, l'humanisme signifie que le développement, intégral, social, économique, culturel et intellectuel, de l'humain est au centre des préoccupations. C'est bien le développement de la personne humaine, l'effectivité de sa dignité, et non celui du capital par exemple, qui constitue le cœur axiologique de la théorie et des pratiques qu'elle suscite. La participation sociale, les institutions démocratiques, l'appareil judiciaire sont les moyens d'y parvenir.

Dans le chef de la première génération de l'*École de Francfort*, particulièrement chez des auteurs tels que Theodor Adorno et Max Horkheimer⁹⁴, la protection de la dignité humaine était centrale et Jürgen Habermas, qui en a également fait l'axe de ses réflexions (*Menschenwürde*)⁹⁵, n'a fait que creuser ce sillon devenu béant à la suite de la deuxième guerre mondiale et son cortège de tragédies inédites dans l'histoire de l'humanité. Si Auschwitz symbolise la face sombre du projet moderne, il est aussi le témoin d'un dévoiement de la théorie du droit et en particulier du positivisme juridique manipulé au profit d'une puissance brutale et meurtrière⁹⁶.

L'après-Auschwitz, si tant est que la page de cette horreur puisse un jour être tournée, a au moins permis un profond renouvellement de la théorie du droit, qui, à l'heure actuelle, ne peut plus ignorer la possibilité que le droit soit instrumentalisé à des fins qui s'écartent de la justice et de la dignité humaine. La *théorie de l'humanisme réaliste* contribue modestement (il ne s'agit que d'une théorie du droit) à l'effort collectif : contribuer à alerter

brésilienne, voyez R. DAMATTA, *O que faz o Brasil, Brasil?*, Rio de Janeiro, Rocco, 1986, spéc. p. 19.

⁹⁴ Voyez Th. ADORNO et M. HORKHEIMER, *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1985, p. 160.

⁹⁵ Voyez J. HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, op. cit., supra note 4, p. 146-152 et, du même auteur, ; J. HABERMAS, *Sobre a Constituição da Europa: um Ensaio*, op. cit., supra note 89, p. 29-32.

⁹⁶ Pour une vision plus nuancée du rôle du positivisme durant la seconde guerre mondiale, voyez L. ISRAËL et G. MOURALIS, « Les magistrats, le droit positif et la morale. Usages sociaux du naturalisme et du positivisme juridiques dans la France de Vichy et en Allemagne depuis 1945 », in *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, CURAPP/PUF, 2005, p. 61-78.

les générations présentes et futures sur les risques contenus dans l'exercice d'un pouvoir qui prendrait distance avec la justice⁹⁷.

Conclusions

Par cet article et sans prétendre épuiser ici, ni ses arguments, ni ses fondements, nous avons souhaité présenter les prémisses fondamentales d'une théorie du droit née dans le contexte spécifique du continent latino-américain et plus particulièrement au sein de la société brésilienne contemporaine : la *théorie de l'humanisme réaliste*, soit une conception à la fois critique et humaniste du droit et de son étude. Nous avons ainsi rappelé le contexte, à la fois intellectuel et social, de son émergence et l'agenda qu'elle fixe à l'étude du droit entendu comme phénomène social et complexe. Nous avons tracé la filiation mais également les voies de bifurcation qu'elle entretient avec ses illustres sources d'inspiration que sont la théorie critique, la sémiotique et, bien entendu, la théorie générale du droit. Critique, interdisciplinaire, réflexive et démocratique, l'*humanisme réaliste* appliqué au droit se distingue parfois radicalement des principaux courants de la théorie juridique traditionnelle tels que le jusnaturalisme, le positivisme, le réalisme, ou encore le fonctionnalisme. Cette démarcation s'exprime tant sur l'appréhension même de l'objet droit que sur les perspectives méthodologiques et axiologiques que toute théorie charrie avec elle. Enfin, l'accent est également mis sur l'activité concrète des juristes et sur leur responsabilité politique et sociale qui, à l'analyse, apparaît immense.

Consciente qu'historiquement, le droit fut l'outil privilégié du conservatisme, la *théorie de l'humanisme réaliste* cultive cependant et avec force la fonction émancipatoire du discours juridique. Elle trace ainsi son chemin, telle une sorte de troisième voie entre, d'une part, les vertus traditionnellement reconnues au droit par la théorie juridique classique (stabilité sociale et préservation de la sécurité juridique), d'autre part, le scepticisme cynique affiché par une partie de la théorie critique (le droit n'est qu'une coquille vide au service des classes dominantes). Ancrée localement et sensible aux violences sociales, la *théorie de l'humanisme réaliste* offre un fondement normatif à l'étude critique du droit et de la justice et aux questions qu'une telle entreprise implique inévitablement. À son échelle, modestement mais résolument, la *théorie de l'humanisme réaliste* compte participer à leur élucidation et contribuer ainsi à l'affinement des

⁹⁷ Th. ADORNO, *Educação e emancipação*, São Paulo, Paz e Terra, 3^e éd., 2003, p. 119. Voyez aussi sur Adorno, J. ZAMORA, *Th. W. Adorno*, São Leopoldo, Nova Fronteira, 2008 et B. FREITAG (coord.), *Adorno: 100 anos, Revista, op. cit., supra* note 31.

Eduardo C. B. Bittar en collaboration avec Julien Pieret R.I.E.J., 2020.85

connaissances relatives au système juridique et à l'élaboration de pratiques juridiques émancipatoires susceptibles d'œuvrer à une société plus juste, plus solidaire, plus démocratique, plus égalitaire et plus pacifique.