

Qu'est-ce qu'un juriste dans la cité ? Promotion de la « description »

Daniel MAINGUY

*Professeur à l'université de Montpellier
(UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »)*

1. Le thème retenu pour les *Mélanges* offerts à Philippe Neau-Leduc, *Le juriste dans la cité*, est particulièrement bien choisi. Juriste particulièrement actif dans la cité, il s'interrogeait aussi sur la place de ce juriste, épris de règles, baignant parfois abstraitement dans des règles « hors sol », dont, en juriste pragmatique et efficace qu'il était, il cherchait à percer le mystère. Je voudrais qu'il soit clair également que cette contribution est le prolongement de discussions avec Philippe, éventuellement autour d'un (*sic*) verre de quoi que ce soit, sans autre prétention. Une simple interrogation, donc, comme suite de quelques réflexions autour de ce thème qu'il avait d'ailleurs abordé en travaillant son sujet de thèse, qui, touchant à la source, privée, des normes juridiques, l'invitait à s'interroger sur ces questions de méthode, tout en assumant, très subjectivement, un certain nombre de valeurs auxquelles il tenait fortement. Comment alors, disputons-nous, distinguer ou rapprocher, sans risque de confusion les deux fonctions – ou tentations – classiques du juriste qui tendent, d'une part, à décrire les normes juridiques telles qu'elles sont et, éventuellement, d'autre part, à prescrire des normes juridiques telles qu'elles devraient ou pourraient être ? Deux subjectivités dans une recherche d'objectivité : un point de départ banal et un but difficile, impossible si on admet que l'objectivité, pas plus que la vérité, n'existent, simplement complexe si on accepte qu'il s'agit là d'une quête.

2. Le point de départ de cette réflexion repose, de manière adjacente, sur l'un de ces mystères qui épousent les formes de l'opposition, souvent exposée de manière assez « classique », pour ne pas dire élémentaire, dans les ouvrages d'introduction au droit rédigés par des privatistes, entre les fondements du droit et la présentation de l'opposition supposée entre les « doctrines de droit naturel » et « les doctrines positivistes ». Cette opposition, cette concurrence, voire ce combat, reposent sur une formulation souvent caricaturale, quand elle n'est pas simpliste, comme si les discours positivistes avaient pour objet, non réciproque d'ailleurs, de miner les éléments de légitimation d'un « ordre naturel des choses » ou la « nature des choses », celle chère à Montesquieu¹ ou désormais aux tenants modernes des « lois du marché »², appelés à justifier l'ordre juridique français,

1. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Genève, 1748, Gallimard, La Pléiade, *Œuvres complètes*, t. 2.

2. Comp. DEFFAINS B. et LANGLAIS E. (dir.), *Analyse économique du droit*, 2009, De Boeck.

sans avoir à s'en expliquer³. Très souvent en effet, les « fondements du droit » sont distingués, dans la plupart de ces ouvrages, selon ces deux « doctrines », celles du droit naturel, où l'on passe assez vite du droit naturel antique (platonicien) à l'École du droit naturel, omettant le(s) droit(s) naturel(s) religieux, chrétien notamment, et l'infinie complexité de l'histoire des passages philosophiques, puis les doctrines positivistes, qui se réduiraient ou bien à l'usage des règles de droit ou bien à ces conceptions éthérées et rigides du droit, et dont la principale critique reposerait sur l'ignorance des rapprochements, nécessaires et inéluctables, entre droit et morale. Or, cette présentation en termes de concurrence est erronée : le discours positiviste n'a d'autre vocation que de tenter de décrire un système juridique tel qu'il est, sans exclure évidemment toute appréciation ou critique du système étudié, mais en considérant cette appréciation comme seconde, ou plus exactement, comme relevant d'une méthode distincte, celle de la *philosophie du droit* ou de l'idéologie, pour élaborer une *théorie du droit*⁴. Ce, d'ailleurs, au-delà de certaines outrances sur le fait que le discours positiviste serait, du fait de la priorité donnée à une analyse axiologiquement neutre, la source d'un nihilisme mortifère, voire à l'origine de la barbarie nazie par exemple⁵. En outre, les doctrines

3. *Contra* toutefois LIBCHABER R., *L'ordre juridique et le discours du droit*, 2013, LGDJ ; GOYARD-FABRE S., *Les fondements de l'ordre juridique*, 1992, PUF, dans un souci louable de justification de l'ordre juridique.

4. V. TROPER M., « Le positivisme juridique », in *Pour une Théorie juridique de l'État*, 1994, Paris, PUF, p. 35 : « La science du droit, en tant que science, doit se borner à connaître son objet, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas chercher à le modifier, et qu'elle ne doit tenter de connaître que ce qui est connaissable. Son objet est en effet le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être. Le présupposé anticognitivistique interdirait d'ailleurs toute tentative de modification, faite au nom de la science : comme il n'y a pas de connaissance de ce qui doit être, la doctrine qui prétendrait décrire un devoir être objectif se rendrait coupable de la pire des escroqueries : faire passer ses propres désirs pour le produit d'une recherche scientifique ». Il ajoute qu'« une science du droit distincte de son objet ne peut viser à la connaissance des normes ou des significations, mais seulement à la connaissance des actes par lesquels sont attribuées des significations et créées des normes. Ces actes sont des phénomènes empiriques. La science du droit est donc une science empirique ; elle se distingue de la dogmatique par laquelle les différents acteurs du système juridique justifient leurs prescriptions ; elle se donne pour tâche de décrire et d'expliquer les actes par lesquels sont produits des énoncés ; elle est une science spécifique parce que, à la différence des autres sciences sociales ou humaines, qui expliquent ces actes par les causes extérieures au système juridique, elle les explique par les contraintes provenant du système juridique lui-même » (TROPER M., « Réplique à Otto Pfersmann », in COMANDUCCI P. e GUASTINI R., *Analisi e diritto 2002-2003*, Gênes, et *Revue française de droit constitutionnel*, n° 50, 2002) et enfin « la Théorie réaliste de l'interprétation n'est pas entachée de confusion épistémologique. Elle montre au contraire clairement la possibilité d'une science du droit conçue sur le modèle des sciences empiriques. Une science dont l'objet est bien la norme, mais la norme conçue non comme un devoir-être, mais comme un fait, un énoncé. Ce fait reste un fait spécifique : la science du droit décrit les énoncés dont l'objet est de déterminer la signification normative d'autres énoncés » (*ibid.*).

5. La confusion est fréquemment faite entre le positivisme étatique et l'idée démocratique populaire (voire populiste) selon laquelle le droit n'est que le produit de la volonté des gouvernants, qui serait alors soit toujours juste, soit toujours injuste parce que d'origine révolutionnaire et donc contredisant « l'ordre naturel des choses ». Dans le même ordre d'idées, une confusion est souvent faite entre le positivisme comme science et le positivisme

positivistes sont multiples, entre les doctrines « sociologiques » fondées sur l'observation du droit tel qu'il se pratique, tel qu'il est reçu, disons au regard de son effectivité, ou encore les conceptions normatives, cherchant à repérer la norme juridique au sein des différents types de normes. Au passage d'ailleurs la thèse réaliste n'est pas une thèse « complète » en ce sens qu'elle proposerait une observation bornée de tout ce qui « fait » droit, mais simplement de ce qui « fait » la norme juridique. La « concurrence » étant le plus souvent présentée comme opposant doctrines du droit naturel et normativisme de type kelsénien, ce sera par ce prisme que ces quelques propos seront développés, non sans privilégier, ostensiblement, la conception *réaliste*, disons celle de Michel Troper. Par ailleurs, un positiviste réaliste, qui considère que la description de la norme cesse à l'annonce de son exposé, a évidemment un avis sur les règles qu'il étudie scientifiquement, tandis qu'il n'est pas toujours certain qu'un jusnaturaliste fasse la distinction entre la norme observée et son avis sur celle-ci. Encore que les termes « jusnaturaliste » et « positiviste » sont bien trop faibles et vagues pour exprimer la diversité des réalités enfermées dans des conceptions qui pourraient, en définitive, être divisées entre une conception *optimiste* et une conception *tragique* ou *sceptique* du monde et du droit. La première englobe les conceptions idéalistes (et réalistes au sens aristotélicien), ultramajoritaires, qui distinguent le monde *sensible*, celui des sens, des émotions, et le monde *intelligible*, celui de l'âme, de la Raison, quelle que soit la formule utilisée. Elle est capitale dans la mesure où cette division du monde emporte un mépris de la connaissance sensible et une valorisation de l'intelligibilité du monde : la connaissance d'un monde intelligible emporte systématiquement la recherche et la description d'un *arrière-monde*, qui n'existe pas pas, Paradis, égalité à venir et autres utopies, qui permet de supporter les souffrances du monde réel, lequel n'a plus à être connu par le ressort des sensations ou des expériences, qui sont fausses (comme dans le « Mythe de la caverne »), mais par l'écoute du récit ou la lecture du Livre qui raconte le Monde ; en droit, les lois du Livre remplacent celles des hommes, le juste existe en soi, etc. Cette conception est partagée par certains jusnaturalistes et, avec un certain nombre de bémols, par les positivistes normativistes par exemple⁶. La conception *tragique* ou *sceptique*, au contraire s'associe à la conception *matérialiste* ou *sensible* du monde, d'Épicure à Lucrèce jusqu'à Nietzsche, qui rejette tout idée d'arrière monde et ne s'en tient qu'aux expériences ; on y doute que ce juste en soi existe

considéré comme l'observation des règles positives, y compris dans un contexte discutable d'élaboration de ces règles comme à propos du droit adopté par le régime de Vichy. Comp. sur ce sujet, LOCHAK D., « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux et le droit*, 1989, CURAPP-PUF, p. 252 (article réformé dans une seconde version : LOCHAK D., « Écrire, se taire... Réflexions sur la doctrine antisémite de Vichy », *Le Genre humain*, n° 30-31, « Le droit antisémite de Vichy », in *L'encadrement juridique de l'antisémitisme sous le régime de Vichy*, 1996, Éditions du Seuil ; adde « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes », in *L'architecte du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, 2007, Économica) et TROPER M., « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », *Les usages sociaux du droit*, 1989, CURAPP.

6. Lesquels se rejoignent par exemple dans l'idéalisme kantien, dont Kelsen se réclame.

indépendamment des émotions de celui qui l'énonce ou prétend l'énoncer ou soit simplement connaissable. Cette conception pourrait rapprocher la philosophie nominaliste ou analytique des positivistes réalistes. Sans poursuivre cette présentation, nous utiliserons les termes « jusnaturaliste » et « positiviste » pour résumer ces deux conceptions, sauf à présenter des précisions. Il est par ailleurs incontestable que, du moins dans le domaine du droit privé, la présentation « classique » prédomine ou, à tout le moins, que la présentation positiviste du droit se heurte à une difficulté de principe, difficilement compréhensible, sinon par l'observation de l'histoire de la doctrine de droit privé qu'il serait trop long d'envisager ici, mais également par une considération très ancrée assimilant inconsciemment ou non, disons culturellement, « droit » et « loi » et, sans doute, à une assez forte attirance, plus ou moins assumée et justifiée, pour des propositions de droit naturel.

3. En toute hypothèse, il ne fait pas de doute que la règle de droit, dans sa définition ou son appréciation, suscite une approbation ou une critique, dans la conception dualiste traditionnelle du modèle occidental. Et en effet, quel intérêt les hommes auraient-ils à s'imposer des règles si celles-ci ne sont pas justes ? À cet égard, s'il en était ainsi, toutes les règles seraient justes, justice posée en termes de procédures d'adoption, sociaux, moraux, économiques, etc., ce qui éliminerait toute critique. Il ne fait pas de doute, en effet, que le droit, les règles juridiques se présentent en termes de finalités et d'absolus, mais également, et peut-être surtout, en termes de valeurs, de justice, de morale et de légitimité. Pas une règle, pratiquement, n'échappe à la question de l'opposition entre absolutisme et relativisme du droit et au jugement posé en termes de justice ou de morale, y compris (du moins pour un positiviste) les règles qui, d'un point de vue moral localisé, sont exactement le contraire de ces présupposés, les lois nazies⁷ par exemple. D'où la difficulté, qui concentre l'opposition déjà présentée, consistant à répondre à la question de savoir si le droit se réduit à un ensemble de textes, ceux du législateur ou de la jurisprudence, ou s'il est une substance ou une essence, dont ces textes ne seraient que la traduction tangible. Or, cette difficulté suppose de résoudre, préalablement, la question de la détermination de ce qui relève des règles de droit, soumises à ce jugement de valeurs, et de ce qui relève d'un autre type de normes : normes sociales, habitudes, usages, pratiques, croyances, etc.

À supposer cette question résolue, la difficulté seconde commence à la mesure du référentiel de justice ou de morale, renvoi qui, par nature, expose son auteur à la « guerre des Dieux » évoquée par Max Weber qui propose au contraire la nécessaire neutralité axiologique du juriste « scientifique »⁸. Les concepts de « justice » ou de « morale » ne sont en effet ni absolus ni connaissables. Plus exactement, une considération idéaliste du droit peut être identifiée de plusieurs manières. Il

7. Comp. JOUANJAN O., *Justifier l'injustifiable, l'ordre du discours nazi*, PUF, 2017.

8. Là encore, une précision car cette formule est souvent perçue comme élitiste voire prétentieuse : tout juriste (sérieux) se comporte à la fois comme juriste scientifique (le professeur qui expose ce qu'est le droit, l'avocat qui critique une norme, etc.) justifiant une logique d'exposition, de description, et comme juriste impliqué dans un débat de fond, justifiant alors un autre type d'arguments, relevant de la fonction de conviction, de prescription, de rhétorique.

peut s'agir, d'un *idéalisme ontologique*, pour reprendre la formule et la distinction d'Alexandre Viala⁹, en ce le droit serait considéré comme une simple forme, un fait donc, dont la signification, idéelle, serait à rechercher dans la volonté du législateur¹⁰, et où les buts de justice recherchés en seraient en quelque sorte inhérents au droit produit par l'interprète. Mais il peut s'agir, plus ordinairement, d'un *idéalisme méthodologique* qui admettrait que les valeurs sont connaissables et que par conséquent il existerait une méthode, scientifique, permettant d'identifier le droit *vrai* ou *juste*, et ce indépendamment de toute volonté humaine, notamment celle du législateur ou du juge. C'est donc la reconnaissance de ce présupposé cognitiviste ou non cognitiviste, celui des positivistes qui considèrent au contraire que les valeurs ne sont que le fruit des émotions de celui qui les énoncent, qui fonde réellement la différence entre ce qui est ici rapidement présenté comme jusnaturalistes et positivistes. Le présupposé scientifique, ou émotiviste, cher notamment à Michel Troper¹¹, permet donc de considérer les normes juridiques indépendamment de ces deux conceptions idéalistes : le droit indépendamment de la justice invoquée, même ou surtout implicitement, par le normateur et celle, idéelle, qu'il serait possible de connaître scientifiquement. Une considération positiviste réaliste considère ainsi que les valeurs sont inconnaissables, contingentes et confisquées par des écoles, des églises ou des idéologies. Ces valeurs ne sont pas absolues, Pascal le reconnaissait, et on ne sait trop si c'est pour le constater ou le regretter : le droit d'ici n'est pas le droit d'ailleurs, et n'en est pas moins droit. Or, le droit d'ici comme le droit d'ailleurs, ou d'hier, sont, et sont légitimés par un certain nombre de valeurs, qui peuvent être en conflit, ce qui peut, mais pas nécessairement, emporter un conflit subséquent entre les règles qu'elles légitiment. À une règle, exprimée positivement, est donc associé un certain nombre de valeurs, ou plus exactement un certain nombre de variations sur ces valeurs, lesquelles sont aussitôt déclinées, sur un autre registre. En outre, le relativisme des règles de droit implique celui des valeurs, et réciproquement, ce qui ne permet guère de poser un jugement garanti, en termes de légitimité et en ce qu'il serait irréfutable et définitif, sur une règle quelconque. Les valeurs ne sont pas non plus connaissables, y compris dans un espace et un temps où un modèle global de justice serait adopté, dans la mesure où il est surtout affaire de jugement personnel, d'émotions donc. Il serait d'ailleurs intéressant d'observer le même sujet à l'aune des premières expériences de mise en œuvre d'un système, alternatif, de « justice prédictive »¹².

4. La difficulté du juriste œuvrant dans la cité consiste par conséquent à évoluer dans un système de droit qui est, par nature ou par culture, légitimé ou critiqué sur le fondement d'un certain nombre de valeurs, même si celles-ci sont souvent masquées par le fondement démocratique de la loi, sous le couvert facile du « légalisme ». La

9. VIALA A., *Philosophie du droit*, 2010, Ellipses, spéc. n° 71.

10. V. *ibid.*

11. Comp. TROPER M., « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, 1994, PUF, p. 39.

12. V. GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, doct. 31.

« fin de l'histoire » du droit ressortirait ainsi de ce qu'il serait assimilé à la loi, excluant ce faisant la jurisprudence, œuvre du juge « bouche de la loi ». Partant, le droit, limité à la loi, serait ainsi le produit de la modernité telle qu'elle résulte de la Révolution française, et de l'évolution du processus démocratique de la fabrication de la loi. Cet ensemble serait en outre fini, en termes de légitimité : la loi n'est pas juste parce qu'elle est, mais parce qu'elle est adoptée par une institution représentative. Cette figure de légitimité installe les règles de droit dans un « État de loi », parfaitement distinct d'un système d'État de droit, qui comprend une ou des instances susceptibles de remettre en cause la loi, et en particulier des instances juridictionnelles.

Pourtant, l'idée de justice, de bien, la considération des faits sociaux, de leur évolution fondent la plupart des débats sur la loi ou sur son interprétation. Le seul fait qu'il y ait débat montre, d'une part, une résistance au débat, et d'autre part, des éléments de ce débat. Or, cette résistance suppose que l'objet du débat, une règle juridique par exemple, soit fondé *a priori* en termes de justice ou de morale, et le débat démontre qu'un autre référent est susceptible de le concurrencer. En effet, aucune règle n'est présentée comme injuste ou comme immorale, ni sa critique, dans ce débat. Par itération, les mêmes résistances et débats valent pour un groupe de règles, voire pour un droit tout entier. L'idée de justice étant par hypothèse multiple et inconnaissable, elle révèle au contraire tout à la fois le relativisme des valeurs et la justification de leur défense.

5. Dans cette première approche, la différence entre le jusnaturaliste et le positiviste pourrait être présentée comme simple. Le jusnaturaliste se proposerait comme un zéléteur des discours de légitimation ou au contraire comme un promoteur, un prescripteur plutôt, d'un discours concurrent à celui promouvant les règles qu'il critique, et donc d'une règle alternative, tandis que le positiviste chercherait à décrire le droit, en s'efforçant d'évacuer toute valeur dans cette description. Là se trouverait la principale différence entre le juriste de droit naturel et le juriste positiviste, le premier prescrit, souvent sans réaliser ou mesurer les conséquences de sa posture sur la scientificité de sa démarche ; le second décrit, pleinement conscient des travers scientifiques de la tentation prescriptive. Cette différence, première, qui ne reflète pas la considération optimiste ou sceptique qui divise profondément, et indistinctement, les écoles de pensée, peut être dépassée en tentant de comparer les techniques de prescription et de description et, rapidement, de fonder la légitimité voire la complémentarité des deux approches, ce dont le terme « drescription » voudrait rendre compte.

I. LES PRESCRIPTIONS NATURALISTES ET POSITIVISTES

6. La logique de *prescription* est plutôt attachée aux écoles de droit naturel, quelles qu'elles soient d'ailleurs, en ce qu'elles se présentent comme un « devoir-être ». C'est une constante quelles que soient les « familles de droit naturel » (v. *infra*).

À l'inverse, la logique positiviste se présente *a priori* comme une description : le juriste positiviste se comporte comme un scientifique en ce sens qu'il étudie les

normes de manière axiologiquement neutre, c'est-à-dire en s'efforçant de s'affranchir de sa culture, ses préjugés, etc., ce qui est bien entendu impossible. C'est en ce sens, en premier, que les logiques naturalistes ne peuvent pas être totalement évincées du raisonnement positiviste. Il reste toujours le soupçon que l'esprit scientifique, ou prétendu tel, n'est jamais entièrement débarrassé de certaines valeurs tenaces, déguisées derrière un empirisme qui ne serait que de façade.

Dire par exemple que les normes juridiques internes sont valides pour autant qu'elles sont effectives, c'est-à-dire posées par une autorité habilitée à les produire et qu'elles sont conformes aux normes juridiques supérieures, par exemple les normes constitutionnelles, est une description traditionnelle de la hiérarchie des normes, commune aux doctrines positivistes modernes. La difficulté tient au fait que la norme supérieure de référence n'est pas toujours connue (sinon il n'y aurait guère de débat) et que sa détermination suppose une interprétation par le juge compétent pour ce faire, le juge constitutionnel par exemple, interprétation qui est par nature une activité humaine (peu important ici qu'elle soit une activité de connaissance ou de création), qui suppose donc qu'elle intègre les préjugés, la culture, les valeurs de l'interprète. C'est d'ailleurs ce qui justifie les discussions autour de la désignation des membres du Conseil constitutionnel ou, mieux, de la Cour suprême des États-Unis : la nomination de tel juge y est débattue précisément en fonction des valeurs que celui-ci est censé véhiculer avec lui, et donc en préjugant des prises de position qu'il pourrait adopter sur les « cas difficiles » qui lui seront soumis.

7. À deuxième vue toutefois, une logique de prescription est inhérente à la méthode positiviste en ce qu'elle considère le droit comme formé de plusieurs niveaux, le niveau des règles (premier niveau), celui des techniques de production de ces règles (deuxième niveau), l'ensemble formant le « droit », et, couvrant le tout, le niveau de la méthode utilisée pour observer l'ensemble (troisième niveau, celui du métadiscours, celui de la science ou de la philosophie du droit).

Si la méthode jusnaturaliste se fonde, en toute logique, sur une prescription (de troisième niveau) du type : « *il faut* observer le droit selon telles valeurs », il en est de même de la méthode positiviste qui suppose qu'il existe une prescription selon laquelle « *il faut* observer le droit de manière axiologiquement neutre selon la méthode positiviste ». Or, cette prescription, première, en est bien une et elle relève tout autant de la croyance.

Enfin, le positiviste ne se contente pas, en général, de décrire le droit, de dire ceci est du droit, ceci n'en est point, telle décision de jurisprudence expose telle solution. À bien des égards, d'ailleurs, cette seule fonction assignée au juriste serait tout d'abord particulièrement pauvre et ensuite insuffisante : juristes et justiciables semblent avoir besoin de l'effet de légitimation de la règle, et de la symbolique de la légitimation, pour que la règle soit acceptée. Il n'est pas certain qu'une déconstruction totale du mode de fabrication des normes, sans doute utile pour les juristes, soit efficace pour la société, une ritualisation du processus de fabrication se substituant, *par nature* sans doute, à une autre. Le juriste positiviste donne aussi, en général, son avis sur la règle qu'il décrit et nous verrons que cette approche peut également être décrite.

8. Ce premier lien n'est cependant pas essentiel. On pourrait considérer en effet, en oubliant ce niveau, celui de l'impératif de prescription ou de description, que les techniques d'évaluation de la validité des normes juridiques sont voisines, dans les deux cas.

La méthode positiviste a déjà été rapidement rappelée : il s'agit (entre autres choses) de décrire les normes et de considérer que n'est une norme juridique que celle qui est « effective » ou « posée », produite par une autorité habilitée, et qui est « valide », c'est-à-dire conforme à une norme juridique supérieure (effective et valide), cette appréciation étant réalisée par une autorité, un juge le plus souvent, lequel va conférer un sens à la règle interprétée, sens qui fait norme. L'opposition est frontale face à un sens de norme absent ou en débat, comme ce fut le cas de la loi de 2013 sur le « mariage pour tous » : dire que la loi est inconstitutionnelle, avant son adoption, était une posture prescriptive jusnaturaliste (au référent à déterminer) ; dire que la loi pouvait être adoptée, sous la réserve du débat de constitutionnalité, était une posture positiviste.

9. On sait alors que deux points sont en débat. Le premier repose sur la considération de la norme supérieure effective et valide, notamment à l'aune de la « norme fondamentale » de Kelsen selon laquelle « il faut admettre que la Constitution est valide », ce qui est une prescription à peu près aussi efficace que si elle était exprimée de manière plus directe « il faut respecter le droit » (sous-entendu parce qu'il est juste, dans la logique de l'idéalisme ontologique) ou, pire, « il faut avoir confiance dans la Constitution ». Cet écueil, normativiste, est évité par les conceptions décisionnistes, et notamment par Michel Troper, selon lequel la Constitution est valide par le simple fait que le juge constitutionnel la considère comme valide.

Le second point est plus complexe et se présente dans la logique de validation et d'interprétation des normes juridiques (de premier niveau). Prenons une norme N, et il peut s'agir d'une norme de type légal comme une norme de type jurisprudentiel. Celle-ci peut poser deux types de difficultés. La première est ordinaire : la norme est obscure, incomplète ou pire absente et il convient de l'interpréter (ou de la créer). Dans tous les cas, l'hypothèse est bien que face à une *norme à interpréter*, le sens de la norme est absent. Or, le sens de la norme, c'est précisément la norme juridique elle-même. Le sens de la norme, c'est donc la *norme interprétée par l'autorité habilitée à le faire*. Cette autorité est en général un juge, souverain, en ce que le sens qu'il détermine n'est pas susceptible de recours. On peut parler alors d'interprétation de type horizontal : la *norme à interpréter N* devient, par le sens qui lui est donné, la *norme interprétée N'* (laquelle supposera une nouvelle interprétation et ainsi de suite)¹³. La seconde est plus exceptionnelle lorsqu'elle se présente comme une interprétation en termes de validation de la norme. La validité de la norme N est alors discutée au nom de son incompatibilité avec une norme supérieure (efficace et valide). Il s'agit alors d'une interprétation de type vertical dans la mesure où c'est la norme supérieure NS qui doit alors être interprétée (dans une logique de type abstrait ou concret, peu importe ici),

13. Comp. MAINGUY D., « L'interprétation de l'interprétation, Variations normatives II », *JCP G*2011, 603.

par un autre juge (le juge constitutionnel) ou le même juge (le juge national, juge de la validité européenne par exemple). Dans cette dernière situation, le même juge est alors appelé à une double interprétation, verticale, en termes de validité de la norme N au regard de la norme NS, où le juge peut être amené à interpréter la norme NS vers une norme interprétée NS', et horizontale en termes de détermination du sens de la norme à interpréter N vers la norme interprétée N'.

10. Ceci posé, l'opposition entre l'interprétation jusnaturaliste et positiviste est ici majeure et en même temps de même forme. Ainsi, l'interprétation de type positiviste se justifie de la seule considération des normes positives, donc efficaces et valides, en débat. Les difficultés entre positivistes reposent sur la considération que la norme N (à interpréter et/ou NS) contient les sens possibles que le juge peut saisir par un acte de connaissance (ce qui peut être rattaché à la conception normativiste mais aussi à la conception légicentriste¹⁴) ou au contraire que le sens de la norme interprétée ne dépend que de la volonté du juge souverain (conception décisionniste, dont la conception réaliste française). Dans tous les cas, la logique d'interprétation, horizontale ou verticale, ne dépend que des normes valides existantes. En revanche, la considération jusnaturaliste de la validité de la norme N dépend moins de la norme NS, une norme supérieure au sens positiviste, que des valeurs V qui seraient supérieures à ces normes, désignons-la comme une norme de valeur NV. Il y aurait donc une condition de validité de la norme N qui est qu'elle soit conforme à la norme NV. La difficulté tient au fait que la norme NV est, par hypothèse inconnue : la parole de Dieu, la volonté de la Terre, celle du marché, etc., ne sont pas exprimées, sauf, éventuellement, pour les religions du Livre, dans des textes, à l'interprétation variable (et considérable) d'ailleurs. Entre la norme NV et la norme N existe alors une *norme naturelle* NN qui est l'expression, par des autorités autorisées à formuler la norme NV. Saint Thomas d'Aquin l'avait parfaitement perçu, en distinguant, la *lex humanis* positive, la *lex naturalia* qui assure le contrôle de la précédente et la *lex divina* qui correspond à l'expression de la valeur. Toute la difficulté alors consiste à identifier ces autorités, les « aruspices » qui sont en mesure de connaître la valeur (NV) à promouvoir et la traduire en une norme naturelle NN (ou NN') susceptible de sublimer la norme positive N. On voit bien la difficulté, par exemple dans le débat sur le mariage pour tous ou tout récemment sur l'interprétation de la compétence du parquet national financier, dans le cadre de l'élection présidentielle de 2017. Alors que le débat juridique s'engage, un ensemble d'« autorités » indiquent à propos de la norme N, telle qu'elle est en train d'être adoptée ou d'être interprétée, que l'une ou l'autre sont impossibles, car illégales, au nom d'une norme qui se présente comme une norme supérieure NS mais qui est en réalité une norme NV au nom d'une valeur V non précisément identifiée d'ailleurs. Or l'argument est de pure

14. On ne confondra pas, ici, « légicentrisme » et « légalisme ». La conception légicentriste considère que la loi ou les formes de la loi sont les seules normes juridiques effectives, écartant ce faisant les normes jurisprudentielles, ce qui est un courant positiviste historique (le droit français jusqu'en 1837) ou actuel visant à déconsidérer la norme jurisprudentielle en tant qu'elle pourrait toujours être remise en cause par la loi, tandis que la conception légaliste considère que les lois sont justes en tant qu'elles sont des lois, ce qui relève de conceptions jusnaturalistes.

autorité dans la mesure où ces « aruspices » ne sont, précisément, pas des autorités habilitées à donner un sens authentique à une norme (N ou NS). Où l'on voit que la « forme » du contrôle de conformité de la norme N est globalement voisine : ce qui change, c'est l'affirmation que la norme de contrôle est connue et définie comme une norme naturelle NN émanant de valeurs dans un cas, une norme valide à interpréter par le juge compétent pour les positivistes. En revanche, ce qui est inconnu, c'est la part d'idéologie chez le juge et c'est, d'ailleurs, la principale faiblesse de la théorie des contraintes juridiques associée à la théorie réaliste de l'interprétation, que d'écarter cette contrainte dans l'interprétation, alors qu'elle est essentielle.

II. LES DESCRIPTIONS NATURALISTES ET POSITIVISTES

11. Aux logiques de prescription, s'opposent celles de description. Dans l'esprit des juristes positivistes, il s'agit de décrire le droit, en proposant, d'une part, une architecture du droit *tel qu'il est*, et en l'observant, d'autre part, *tel qu'il n'est pas*. La question est très célèbre et on ne se contentera ici que de la rappeler¹⁵. Il s'agit de la confrontation, chez Hume du *is* et du *ought*, du *sein* et du *sollen* chez Kelsen, de *l'être* et du *devoir être*. La présentation est très connue, tout comme la question sous-jacente : une norme est-elle juridique parce qu'elle est sanctionnée ou est-elle sanctionnée parce qu'elle est juridique (et donc uniquement juridique) ? Dans la doxa positiviste en suite de la « loi de Hume », une norme établit un *devoir être*, ce que l'on désigne par la règle de droit (par exemple, le contrat pour être valable doit avoir un objet et un but licites), qui n'est ni vrai ni faux, de sorte qu'on ne peut pas dire que d'une norme juridique naît un *être* qui serait vrai ou faux (tous les contrats ont un but licite ou tel contrat a un but licite puisqu'il est exécuté). À l'inverse, les *faits* relèvent de *l'être* et on ne peut pas en tirer de conséquence normative, un *devoir être* (si un contrat n'a pas de but licite, voire si tous les contrats n'en disposent pas, il n'en résulte pas qu'il existe une norme juridique qui exclut le but licite des conditions de validité du contrat). Par itération, la question est centrale pour éliminer les considérations posées en termes de valeurs dans le débat normatif. Par exemple, de la considération de telle valeur, une valeur morale ou de bonne foi contractuelle particulière par exemple, qui est *un fait* et relève de *l'être*, on ne peut pas déduire que de la répétition de ce fait, il existerait une règle de droit, un *devoir être* qui devrait alors être appliqué par les juges (autre étant la question de savoir si pareille règle était retenue par les juges et la réflexion qu'elle est inspirée par cette valeur morale), sinon à imaginer, *croire*, une rationalité objective des faits, et donc du monde, du droit, qui en est dépourvu. On voit d'ailleurs comment cette difficulté est apparue, par exemple dans le cadre du difficile débat sur le mariage pour tous : de ce que l'on peut constater que des mariages ont, pendant très longtemps, été célébrés entre deux personnes de sexe différent, qui relève du

15. V. DE CHARENTENAY S., *Origines et développement de la loi de Hume dans la pensée juridique*, thèse, 2008, Montpellier.

fait, peut-on déduire que le mariage ne peut être considéré, comme norme, qu'entre personnes de sexe différent, voire que le terme « mariage » contiendrait, par nature, cette norme, ou bien cette proposition n'est-elle utilisée que pour masquer les opinions des zélés du mariage hétérosexuel ? La ressource historique, mais elle pourrait être morale, éthique, économique, sociale, anthropologique, etc., n'est ici utilisée que pour justifier une conception présentée comme absolue, dans une détestation, d'ailleurs, du relativisme sceptique.

12. La description jusnaturaliste du droit se présente de manière radicalement différente, selon les « familles de droit naturel », familles qu'on peut – très rapidement – isoler, dans la mesure où la présentation relèverait d'ouvrages de philosophie du droit. Dans tous les cas, un ensemble de prescriptions, prises en termes de lois naturelles, sont tirées d'un regard distinct sur le monde, le cosmos, qui permettraient de définir des lois fondamentales ou idéales, les lois naturelles étant comparées aux lois positives, lesquelles doivent alors ou devraient, c'est la fonction de prescription, se plier aux exigences de la loi naturelle. Le « droit naturel classique » qui déduit des normes de la contemplation de la nature, avec la dualité fondatrice de la philosophie entre matérialistes et dualistes, aujourd'hui renouvelé dans les conceptions postmodernes par exemple fondées sur le respect de l'environnement ou l'éthologie, particulièrement mise en lumière par Michel Onfray¹⁶. Le droit naturel religieux, très en vogue, se fonde sur la conception dualiste platonicienne identifiant une « âme » siège de la compréhension du monde, via la description d'un « arrière monde » qui expliquerait et légitimerait le monde d'ici-bas, donc sur une nature révélée, parfois déformée, par une parole d'origine divine et consignée dans un Livre considéré comme sacré et enfermant de manière totale cette description : il convient d'y regarder le monde tel qu'il est décrit dans le Livre, point le monde lui-même. Le droit naturel moderne révèle un dépassement du discours précédent par une considération de la description du monde issu de la « raison », avec deux branches d'ailleurs, l'une tournée vers la « loi » comme technique de raison révélée et l'autre tournée vers le procès et la rhétorique qui permet la discussion des arguments¹⁷. À ces trois familles on pourrait en ajouter deux. La sociologie (ou le sociologisme) propose depuis le XIX^e siècle la substitution du droit décidé par le droit réalisé, ou ressenti mais aussi l'émergence de nouveaux modes de production du droit. Plus récemment, et de manière radicale, le droit du marché cherche à substituer dans une logique utilitariste, voire mathématique, le juste par l'efficace, dans une logique devenue économique, particulièrement présente dans le débat juridique, où la notion d'« efficacité » se substitue à celle de « justice » ou de « morale ».

13. Le discours jusnaturaliste assume alors deux fonctions. La première est une fonction de légitimation, systématique, des règles de droit. La seconde, déjà dite, est une fonction de prescription, c'est-à-dire une fonction visant à présenter le droit tel qu'il devrait être. Ces deux fonctions sont souvent confondues : on lit

16. ONFRAY M., *Cosmos, pour une ontologie matérialiste*, 2015, Flammarion.

17. Comp. FRIDMAN B., *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 2005, Bruylant.

ou entend souvent que telle institution ou règle est issue d'une valeur, les règles relatives aux droits fondamentaux par exemple, de sorte que, ce faisant, la valeur se serait, en quelque sorte, incorporée à la norme, et que le discours positiviste rendrait faussement compte des normes juridiques en prétendant les décrire indépendamment de toute valeur. Cette présentation, assez classique, confond les deux fonctions : ce dont il s'agit ici est bien la fonction de légitimation, laquelle ne peut se présenter comme une manifestation scientifique, éprouvée, de ce qu'est la règle ; elle est tout au plus une émotion, un ressenti, celui de la vérité¹⁸. Sans doute la norme juridique décidée a pu être déduite d'une valeur, mais la norme juridique se détache, en tant que telle, de la valeur qui est censée l'avoir inspirée : il faudrait d'ailleurs savoir comment et quand telle valeur a été identifiée, par qui, selon quel procédé de connaissance de la valeur en question, etc., ce qui est aussi impossible que le fait de repérer la fameuse « intention du législateur »¹⁹. La fonction de prescription consiste à considérer ce que telle norme juridique doit être, y compris en écartant (de son propre fait, par un comportement illégal mais conforme à cette proposition de norme naturelle, ou par une recommandation adressée à une autorité, ce qui est déjà plus paisible) la norme juridique positive existant, au nom d'une valeur. Dans tous les cas, la description réalisée n'est pas celle du droit existant, et on peut se référer à Kelsen pour identifier le procès le plus virulent contre la méthode idéaliste, tant dans sa fonction de légitimation que de prescription : la « description » idéaliste n'est, au mieux, qu'une relation des conceptions idéologiques de son auteur, point d'un réel, quel qu'il soit, par exemple juridique.

Le discours positiviste n'est d'ailleurs pas étranger à toute critique : la principale, parfois simplement intuitive, repose sur le danger d'un « culte » de la neutralité, vers un empirisme, très éloigné de la conception américaine ou scandinave de « l'empirisme juridique »²⁰, tiré de la philosophie analytique et épistémologique (où les propositions idéalistes ou spéculatives sont écartées car insusceptibles d'être vérifiées) vers une *théorie pure du droit* chez Kelsen, du moins dans sa première édition, avant que de s'exiler aux États-Unis, dans la mesure où le « droit » par quelque moyen qu'on cherche à le saisir n'est pas un objet vérifiable. Le devoir-être en effet, n'est ni vrai ni faux et l'interprétation, qui fait norme en lui assurant une signification normative – ce qui supposerait que l'interprétation puisse elle-même être l'objet d'une expérience, ce qui est bien entendu impossible, dans la mesure où elle dépend d'une ou plusieurs personnes –, n'est donc jamais dénuée d'idéologie. Par conséquent, il ne peut jamais être considéré que la norme, qu'on la saisisse comme un « texte » ou comme son interprétation, est

18. VIALA A., *op. cit.*, n^{os} 70 et s.

19. V. TROPER M., « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, 2001, PUF, p. 70, spéc. p. 72.

20. Comp. ROSS A., *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. MILLARD E. et MARZNERN E., 2004, Bruylant-LGDJ : cet empirisme se présente comme résumant le droit à un ensemble de faits, des interprétations, des rapports de force, qui deviennent normatifs *via* des logiques langagières, et indépendamment de toute traduction formelle de la norme juridique.

empiriquement vérifiable (à savoir qu'il suffirait de la reproduire pour obtenir le même résultat, ne serait-ce qu'en observant l'évolution et la diversification de la jurisprudence). La question est bien connue de la doctrine positiviste, autour de la fameuse *grundnorm*, la norme fondamentale, qui imposerait de se soumettre au droit et qui aboutit à un « impératif catégorique » kantien non dit, selon lequel il faudrait obéir au droit pour une raison qui ne peut être autre que métaphysique, ce qui, alors, ruine la démonstration positiviste par un appel à une profession de foi. Le positivisme réaliste, ou plus exactement « une » *théorie du droit* qui se prétend scientifique, non dans son objet mais dans sa méthode, ne vise à rien d'autre qu'à proposer une description exacte, une photographie journalistique, avec d'ailleurs les limites « artistiques » de l'exercice, et dont, de notre point de vue, rend compte la théorie réaliste de l'interprétation. La théorie, puisqu'il s'agit bien d'une construction, rend compte de la réalité empirique de la norme juridique en considérant que, faute d'*appliquer* la norme juridique, le juge la *créé* en interprétant un énoncé préalable et, ce faisant, dégage le sens normatif de cet énoncé, qui devient vrai pendant un « certain » laps de temps, celui de l'attente d'une nouvelle interprétation ou d'une réfutation. Pas besoin, alors, d'un système fermé de hiérarchie des normes, ni d'une « croyance » en la vérité de l'ensemble : c'est le juge qui définit, en la produisant, la norme.

Une autre critique, plus récente, repose sur l'apparente illusion que représente la thèse réaliste, en ce qu'elle prétendrait que le droit n'est jamais complet, auto-réfutable, et qu'il éditerait une théorie de l'interprétation fondée sur un pur acte de volonté. S'il en était ainsi, en effet, comment expliquer que la plupart des solutions jurisprudentielles sont finalement prévisibles, de sorte que l'interprétation, prévisible, serait donc un acte de connaissance, dont il suffirait de maîtriser la méthode ? Cette critique émane notamment des tenants de la méthode normativiste, mais également des théoriciens du raisonnement juridique²¹. Sans qu'il soit possible d'entrer dans le détail de la démonstration, la dispute est, là encore, irréductible, dans la mesure où elle repose, comme dans l'opposition avec les thèses jusnaturalistes, sur un métadiscours indémontrable.

Dans le même temps, la théorie réaliste de l'interprétation en ce qu'elle décrit l'objet « droit » comme un acte de volonté du début à la fin, de la production du « texte » à interpréter à l'interprétation, et non comme le résultat d'un acte de connaissance, « libère » en quelque sorte l'observateur de tout pré-supposé idéologique, y compris d'ordre méthodologique, et assure la recevabilité d'une infinité d'hypothèses d'arguments face à l'infinité des problèmes juridiques à résoudre. La description est alors permise, indépendamment de toute idée de prescription, permettant au juriste de se diviser : la « ddescription ».

14. Ce que nous appelons ici « ddescription » peut alors réunir deux tentations du juriste dans la cité : celle visant à observer, et vérifier, empiriquement de qui relève du droit et ce qui s'en échappe : une activité de positiviste ou, si le terme déplaît, de description ; et celle visant à apprécier la norme étudiée, à lui donner

21. Comp. très récemment : ROUVIÈRE F., « Apologie de la casuistique juridique », *D.* 2017, p. 118.

un « sens », en termes de substance, de légitimation ou de critique : la fonction de prescription, globalement inhérente au juriste qui, chaque fois qu'il énonce une règle, quelle que soit la forme de cet énoncé, proposition de loi, plaidoirie, proposition doctrinale, se présente, par un discours performatif, comme un législateur. De même cette double fonction peut être à la fois divisée et rassemblée pour apprécier la valeur d'une norme comme norme, mais également comme norme prise dans sa finalité simplement technique, par exemple pour apprécier une décision de jurisprudence. Dès lors, le « drescripteur » est à la fois positiviste dans un premier temps, il décrit et désigne ce qui est une norme juridique (ou son contenu) et, ensuite prescripteur ; il est savant *et* législateur, pour autant toutefois que les méthodes utilisées soient, d'une part, cohérentes et, d'autre part, identifiables : rien n'est plus inutile qu'une prescription qui ne rendrait pas compte, même de manière implicite, de son origine, prise en termes de valeurs voire de famille de droit naturel. La méthode, qui n'a rien de neuf, permet d'invalider le soupçon propre aux philosophies du soupçon, et notamment en séparant l'observation scientifique de la subjectivité, alors assumée mais séparée, qui pourrait s'y nicher.

Mille exemples illustrent l'efficacité de la méthode. En premier, lorsqu'il s'agit de critiquer la description elle-même : la norme est la signification d'un énoncé interprété par une autorité habilitée, un juge en général, ce qui suppose de reconnaître que la norme juridique peut être de source jurisprudentielle (elle est même uniquement de cette source) voire le « gouvernement des juges », etc. Or, il est inutile de critiquer le réel au nom d'une idéologie : c'est inefficace au mieux, barbare ou terrifiant au pire. En revanche, il est possible de proposer de changer le système normatif permettant d'aboutir à cette conclusion, même si on peine parfois à en mesurer la portée : imposer que les juges soient élus, de manière à inverser la critique du « gouvernement » des juges²², imposer que le juge ne puisse jamais interpréter un énoncé, etc., à supposer que ce soit possible y compris par l'institution d'un nouveau référé législatif en l'imaginant efficace, modifier la formation des juges, leur carrière, leur responsabilité, des interactions avec d'autres milieux juridiques, modifier les règles de procédure, etc., c'est-à-dire les contraintes, juridiques²³ ou non, qui pèsent sur l'interprète, mais également celles qui pèsent ou qui sont créées par les avocats²⁴, etc. Où l'on voit alors que l'appréciation sur le droit formulée par le juriste, ne peut se contenter de correspondre à une simple émotion, faite d'un ensemble disparate de culture et d'éducation,

22. Ici encore, il y aurait beaucoup à écrire. Par exemple, les juges aux États-Unis ne sont pas tous élus : le sont le *district attorney*, l'équivalent du procureur de la République, ou le « *judge* », c'est-à-dire le président des cours de district, équivalent du président du TGI, lesquels recrutent ensuite leurs *deputy attorneys* ou les juges des *district courts* ; en revanche tous les juges des cours d'appel de circuit et des cours d'appel fédérales sont nommés. En France en revanche, tous les conseillers prud'homaux et tous les juges consulaires sont élus, et on ne peut pas dire que ce mode de désignation échappe à la critique.

23. CHAMPEIL-DESPLATS V. et TROPER M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V. et GRZEGORCZYK C., *Théorie des contraintes juridiques*, 2005, LGDJ-Bruylant, p. 11.

24. Comp. PINAT C.-S., *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation*, Institut Varenne, 2017.

mais suppose de se présenter en *philosophe* et donc en respectant les canons de la démarche philosophique, à savoir le respect des généalogies et la présentation des références idéologiques retenues. De manière plus usuelle, il est très fréquent que le juriste, observant une question juridique, un arrêt de la Cour de cassation rendu dans un cas difficile par exemple, inverse le propos et présente son « réel juridique », le droit tel qu'il devrait être selon lui, ou tel qu'il devrait être selon la manière dont la plupart des auteurs le disent (le droit de la « doctrine majoritaire »), puis constate que l'arrêt diverge de cette parole et en déduit que l'arrêt est faux, incohérent, voire critique le pouvoir normatif de la jurisprudence. Chacun reconnaîtra que cette présentation n'est pas inusitée alors que, à dessein ou non, elle confond en un seul discours, *qui se présente à la fois comme vrai et comme scientifique*, l'ensemble des discours prescriptifs et descriptifs. Il nous semble plus *scientifique* au contraire de scinder l'ensemble de ces discours, de manière à offrir, en fin de course, un propos critique, *idéologique*, dont les termes et la généalogie sont parfaitement repérables. Il est probable en effet que « le droit a besoin d'une lumière extérieure pour fixer le rôle de la loi par rapport au droit et aux valeurs qui l'inspirent dans la société contemporaine »²⁵ mais il est certain, alors même que le juriste, le juriste moderne dans la cité, la cité d'aujourd'hui et celle de demain dans laquelle la méthode d'analyse comptera davantage que la simple connaissance d'un droit maîtrisé par des algorithmes, doit prendre au sérieux la théorie comme la philosophie du droit, ce dont il résulte qu'il doit opérer de même pour apprécier les normes juridiques, en « drescripteur ».

25. TERRÉ F., « Les juristes et la philosophie du droit », APD, t. 33, 1988, Sirey, p. 7, spéc. p. 8.