

# DROIT & PHILOSOPHIE

Hors-série Numéro 1

---

## Normativité et légitimité

*Actes du colloque*

*Les Rencontres de Themis et Sophia*





## **DIRECTEURS**

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)  
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)  
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas)  
Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur)

## **DIRECTRICE ADJOINTE**

Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

## **CONSEIL SCIENTIFIQUE**

Jean-Pierre Coriat (Université Panthéon-Assas), Quentin Épron (Université Panthéon-Assas), Jean-François Kervégan (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe de Lara (Université Panthéon-Assas), Charles Leben † (Université Panthéon-Assas), Pierre-Yves Quiviger (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Marie-France Renoux-Zagamé (Université Panthéon-Sorbonne), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Philippe Théry (Université Panthéon-Assas), Mikhaïl Xifaras (Sciences Po)

## **COMITÉ DE RÉDACTION**

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Gregory Bligh (Université Paris-Est Créteil), Mathieu Carpentier (Université Toulouse I Capitole), Jérôme Couillerot (Université Lyon III), Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Charles Girard (Université Lyon III), Marc Goetzmann (Université Côte d'Azur), Gilles Marmasse (Université de Poitiers), Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur), Tristan Pouthier (Université d'Orléans), Themistoklis Raptopoulos (Université Panthéon-Assas), Pierre-Marie Raynal (CY Cergy Paris Université), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Patrick Savidan (Université Panthéon-Assas), Sabina Tortorella (Université Panthéon-Sorbonne), Mathilde Unger (Université de Strasbourg)

## **SECRÉTAIRE DE RÉDACTION**

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

## **SECRÉTAIRE D'ÉDITION**

Martin Hullebroeck (Université Panthéon-Sorbonne et Université libre de Bruxelles)

## **ASSISTANTE D'ÉDITION**

Agathe de Montburon (Université Panthéon-Assas)

## **ADRESSE DE LA RÉDACTION :**

Institut Michel Villey, Université Panthéon-Assas  
12, place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05  
[contact@droitphilosophie.com](mailto:contact@droitphilosophie.com)  
[www.droitphilosophie.com](http://www.droitphilosophie.com)



# Normativité et légitimité

*Actes des « Rencontres de Themis et Sophia »*

*organisées par Alexis Cukier et Hania Kassoul*



# ***Droit & Philosophie***

Hors-Série n° 1 – septembre 2021

ALEXIS CUKIER ET HANIA KASSOUL

*Avant-propos* ..... 5

HANIA KASSOUL

*La norme et l'épreuve de légitimité* ..... 7

ALEXIS CUKIER

*Normativité et légitimité du droit du travail : une approche de philosophie sociale* ..... 31

PIERRE-YVES QUIVIGER

*Rendre raison d'une norme juridique : légitimer, habilitier, expliquer*..... 51

MICHEL BOUDOT

*Éthique doctrinale rudimentaire* ..... 57

GILLES MARMASSE

*Pourquoi obéissons-nous aux normes ? Jürgen Habermas et la tension entre efficience et légitimité*.. 75

ÉLODIE DJORDJEVIC

*Historicité et rationalité du droit Hegel contre Savigny* ..... 95

VINCENT FORRAY ET SEBASTIEN PIMONT

*Droit et gouvernementalité : un nouveau droit naturel*..... 123





## Avant-propos

Ce bref avant-propos rappelle le contexte d'élaboration des contributions qui vont suivre, issues d'un dossier résultant des « *Rencontres de Thémis et Sophia*<sup>1</sup> ». Ces rencontres sont le fruit d'une collaboration durable entre l'UFR Droit et sciences sociales et l'UFR Sciences humaines et arts de l'Université de Poitiers. L'objectif est d'offrir une dimension scientifique à la nouvelle Double Licence Droit/Philosophie<sup>2</sup>, ainsi qu'une occasion de désenclaver les préoccupations des enseignants-chercheurs en réunissant juristes et philosophes autour de thématiques communes, classiques ou contemporaines, inspirant des réflexions en droit comme en philosophie. L'ambition n'est certainement pas de transformer tout juriste en philosophe, pas plus que tout philosophe en juriste, mais d'offrir modestement un lieu d'interaction, de découverte et de partage interdisciplinaires. Assurément, les réflexions proposées par les auteurs apportent un éclairage d'une grande diversité sur le thème de cette première rencontre : *normativité et légitimité*. La démarche doit permettre aux intervenants comme à leur public de comparer les apports des sciences juridiques et de la philosophie pour penser les rapports multiples et complexes qui se tissent entre normativité et légitimité. On trouvera dans la série de textes ici publiés des analyses portant sur les diverses opérations permettant de rendre raison d'une norme, sur le rapport entre normativité et légitimité du droit du travail, sur l'historicité et la rationalité du droit chez Hegel et Savigny et sur la question de l'obéissance aux normes chez Jürgen Habermas. À ces sujets se joignent encore des réflexions sur la norme face à l'épreuve de sa légitimité, sur le rôle et l'éthique de la doctrine, mais aussi sur les formes de gouvernement qui structurent nos comportements. La rencontre n'ayant pas eu lieu matériellement en raison de la crise sanitaire, nous nous réjouissons de pouvoir ainsi mettre à disposition le contenu des réflexions ici présentées. En attendant la publication des actes complets aux Presses universitaires juridiques de Poitiers, nous sommes très reconnaissants à la revue *Droit & Philosophie* de l'Institut Villey de publier les travaux de collègues ayant accepté de concourir au projet. Nous remercions également l'ensemble des participants qui, issus de différentes universités, ont accepté de se risquer à une telle rencontre entre disciplines.

---

<sup>1</sup> Ce projet a un volet pédagogique qui s'est lancé le défi de construire des liens entre la recherche et l'enseignement de la philosophie du droit dès la licence. Ainsi le cycle de colloque *Les Rencontres de Thémis et Sophia*, complété par un cycle de séminaires philojuridiques, est proposé aux étudiants de la double licence droit et philosophie de l'Université de Poitiers dès leur entrée en première année, avec l'engouement de l'Association des juristes et philosophes de l'Université de Poitiers et l'appui du Réseau des diplômés de droit et de philosophie.

<sup>2</sup> Ouverte en 2018 sous la direction de Michel Boudot et Gilles Marmasse, elle est actuellement dirigée par Alexis Cukier et Hania Kassoul.

**Alexis Cukier**

Université de Poitiers, Maître de conférences en philosophie morale et politique,  
Laboratoire de Métaphysique Allemande et Philosophie Pratique (EA 2626).

**Hania Kassoul**

Université de Poitiers, Maîtresse de conférences en droit privé et sciences criminelles,  
Équipe de Recherche en Droit Privé (EA 1230).

## La norme et l'épreuve de légitimité

« Il est bon de savoir que vous respectez la légitimité comme garantie de repos pour les Empires, mais que cela ne vous empêche pas *au besoin* de renverser la légitimité. »

M. LAURENTIE, *De la légitimité et de l'usurpation*, 1830<sup>3</sup>

### INTRODUCTION

#### 1. Le droit et ses présupposés

**A** lors qu'en français les usages juridiques du concept de légalité sont strictement légicentrés, celui de légitimité s'affranchit en partie du critère legaliste et embrasse plus largement ce qui est désigné par le droit, lequel n'est pas seulement représenté par la loi au sens technique. Dans sa largeur, le droit est nourri de ses rapports avec les concepts de justice, d'équité, de morale, etc<sup>4</sup>. Innombrables sont les indices d'une forte imprégnation naturaliste dans la littérature juridique depuis le Code civil : dans le *Discours préliminaire*, Portalis revendiquait l'instauration de « bonnes lois civiles » qui feraient office « d'unique morale du peuple<sup>5</sup> », pensée qui innerve encore les travaux des auteurs d'aujourd'hui. Certains de ces auteurs, publicistes en l'occurrence, écrivent, sur un plan sociologique cette fois, que :

Le droit est constitué non seulement de textes du droit positif, mais encore de présupposés théoriques, d'ordre culturel, politique, intellectuel, etc., qui en forment le contexte et le soubassement, et qui influent [...] sur la façon du juriste, quel qu'il soit, d'appréhender son objet, de penser le droit<sup>6</sup>.

L'existence de tels présupposés impose le recours à des outils de mesure de pour évaluer ce qui est conforme à une certaine idée du droit et aux valeurs qui façonnent cette idée. Pour sa part, la légalité s'apprécie, dans une approche externe de la norme, à l'aune d'un critère formel : la loi désigne la règle de droit positif issue d'une autorité et d'un processus légiférants. La légitimité, en contrepoint, s'apprécierait dans une approche qualitative de la norme, selon un critère substantiel : le

---

<sup>3</sup> M. LAURENTIE, *De la légitimité et de l'usurpation*, Paris, Édouard Bricon, 1830, p. 87-88.

<sup>4</sup> À rapprocher de : F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *RIEJ*, vol. 12, n° 1, 1984, p. 163-192.

<sup>5</sup> J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 4.

<sup>6</sup> V.L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », in C. GREWE et al., *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, p. 86.

contenu de la norme, peu important sa forme, dans ce qu'il a de vertueux et satisfaisant selon un ou plusieurs présupposés. Autrement dit, la légalité serait le propre d'un monde réglé selon des normes posées, tandis que la légitimité serait le propre d'un monde *bien* réglé. En conséquence, ce qui est légal ne serait pas nécessairement légitime, et ce qui est légitime ne serait pas nécessairement légal. La légitimité permettrait à ce titre une lecture critique du droit en vigueur ou en préparation.

## 2. Difficulté

Toutefois une réflexion abstraite portant sur la légitimité comme telle, considérée isolément, se heurte à plusieurs obstacles et sera ici délaissée. En effet, le contenu d'une grille de critères de légitimation ne nous semble pas identifiable en valeur absolue. Il faudrait d'ailleurs, d'abord, trancher la question de savoir s'il existe, selon une approche rationnelle et abstraite, un corps universel de valeurs susceptibles de découvrir ce qu'est la légitimité ou si, au contraire, selon une approche plus empirique ou utilitariste, les références de légitimité sont aussi variables que relatives. Un tel débat ne peut tenir dans le cadre imparti, d'autant qu'il est sans doute impossible de conclure sans scrupule à une thèse plutôt qu'une autre, et cela malgré les bénéfices que l'on pourrait espérer d'une telle discussion. Nous souhaitons en revanche valoriser, en regard, l'opportunité de s'intéresser au « processus de légitimation » et ses rapports à la norme.

## 3. Processus de légitimation

La légitimation peut s'entendre du processus de justification intellectuelle et morale qui permet la mise en conformité d'une pratique à des exigences qui lui seraient pré-requises. Ce processus de légitimation peut utiliser différents leviers, usages et stratégies, d'ordre idéologique comme méthodologique. Les stratégies déployées ont pour objectif d'emporter une adhésion à la norme soumise à justification. Il existerait d'ailleurs des mythes de légitimation dont le contenu varie selon les contextes et subit les influences de courants ou groupes dominants (comme nous le verrons : le temps, la parole majoritaire, scientifique ou divine, l'habitude, etc.). Ces mythes participent d'un environnement normatif, lequel est composé tant de normes juridiques que de normes non juridiques. Partant, le processus de légitimation des normes juridiques pourrait se fonder sur des normes non juridiques, et inversement. Parallèlement, un processus de légitimation des normes non juridiques pourrait amener la question de leur mise en concurrence avec des normes juridiques, voire d'une contrariété entre les unes et les autres : la légitimation d'une norme non juridique viendrait alors délégitimer une norme juridique. Une telle configuration pose un problème de cohabitation et de concurrence entre ces normes, ce qui inclut l'influence inter-normative des processus de légitimation et leurs éventuels rapports de force.

## 4. Plan

Pour contourner la difficulté d'une (en)quête fondamentale, au moins dans le cadre qui nous est donné, posons deux principes : d'une part, en toute hypothèse, le processus de légitimation doit proposer une épreuve de légitimité (I. Principe d'une épreuve de légitimité). Peu importe sa nature et ses modalités, la mise à l'épreuve est une condition de légitimation. Dans une approche réaliste du droit – à savoir par un prisme sociologisant montrant qu'une norme puisse dériver d'un fait et dépendre de présupposés situationnels – il conviendra ensuite d'explorer les formes prises par l'épreuve légitimatrice, pour laquelle nous distinguerons entre

l'épreuve légitimatrice d'une norme déjà existante (II. Épreuve de légitimité *a posteriori*) et celle d'une norme en cours d'élaboration (III. Épreuve de légitimité *a priori*) :

(I) Principe d'une épreuve de légitimité

(II) Épreuve de légitimité *a posteriori* : contester, réévaluer, contextualiser

(III) Épreuve de légitimité *a priori* : expertiser, délibérer, motiver

Précisons à ce stade que l'ensemble du travail ici présenté se propose modestement de partager et retracer les cheminements d'une réflexion en construction sur les processus de légitimation. Il ne prétend donc aucunement être une étude achevée des enjeux posés par le sujet. Au contraire, les pages qui vont suivre valent seulement comme une tentative d'analyse et, en même temps, comme une expérience, pour leur autrice, tendant à éprouver le processus d'élaboration des thèses défendues – avec l'espoir que le lecteur puisse éventuellement s'en saisir et exploiter le canevas échafaudé.

## I. PRINCIPE DE L'ÉPREUVE DE LÉGITIMITÉ

### 5. Figure de l'épée légendaire

La légitimité de la norme, pour être reconnue, doit être éprouvée. Encore faut-il convenir des modalités de l'épreuve. L'épreuve de légitimité s'illustre parfaitement dans l'allégorie d'*Excalibur* de la légende Arthurienne. L'épreuve de l'enclume (ou du rocher selon les versions) met littéralement en scène une épreuve de légitimité : celui qui réussira l'épreuve sera désigné roi et reconnu par tous comme tel. Il s'agit aussi d'une norme qui établit le contenu de l'épreuve et le critère de la légitimité institutionnelle : le gouvernement légitime est celui qui retirera l'épée du rocher. On pourrait d'abord réfléchir à la conception du droit ici ; seul celui choisi par les dieux est capable de retirer l'épée (dès lors, l'épreuve serait-elle truquée ? Ce qui ressemble à une épreuve de force est en réalité un prétexte démonstratif : le gagnant est choisi d'avance et l'épreuve ne sert qu'à mettre en scène son investiture). Si finalement la conception du droit importe peu ici, il n'en demeure pas moins que la règle est communément acceptée, et ce alors qu'elle pourrait être tout autre. Le Président de la République française est élu au suffrage universel direct tandis que le Pape est élu par un conclave, et que le secrétaire général de l'ONU, quant à lui, est nommé. Ce qui compte, c'est l'adhésion commune à la validité de l'épreuve de légitimité.

L'épreuve de légitimité reste dans toutes les hypothèses une étape nécessaire du processus de légitimation institutionnelle. Elle repose elle-même sur une norme assurant que le résultat de l'épreuve sera largement admis.

Naturellement, l'histoire récente et l'actualité nous enseignent que l'épreuve de légitimité, pourtant habituelle et communément admise, peut être sujette à de fortes perturbations. En témoignent les manifestations faisant suite aux résultats du second tour des élections présidentielles françaises, le 21 avril 2002, ou l'intrusion de partisans trumpistes à la suite de l'élection de Joe Biden au cœur de la Maison Blanche le 6 janvier 2021.

Dans le premier cas, la contestation du résultat du premier tour de l'élection n'a pas remis en cause l'épreuve de légitimité *elle-même* – le suffrage universel

direct –, mais la conformité de son résultat avec le contenu d'un certain idéal démocratique<sup>7</sup>. Il s'agit d'un échec (allégué) de l'épreuve dans ses ambitions.

Dans le second cas, plus épique<sup>8</sup>, si le résultat de l'élection a nécessairement déçu les partisans républicains, l'épreuve légitimatrice était entachée de rumeurs de fraudes, ce qui, en l'espèce, remettait en cause la validité du résultat. Une atteinte aux garanties procédurales étant soupçonnée, était suspecté un hiatus probatoire autour de l'épreuve de légitimité passée par Joe Biden<sup>9</sup>. Il s'agit d'un échec (allégué) de l'épreuve dans sa mise en œuvre.

On pourrait par ailleurs rappeler que l'élection de Donald Trump avait elle-même souffert d'une crise de légitimité qui, pour sa part, n'était pas liée à une remise en cause du déroulement de l'élection. On pense aux deux tentatives d'*impeachment*, procédure prévue par l'article 2 de la Constitution américaine, menée à l'encontre du Président, et réclamée dès le début de son mandat sous le slogan : « *The president is supposed to serve the American people, not himself*<sup>10</sup> ». Soulignons ici que l'épreuve de légitimité n'est pas qu'un mode de désignation du pouvoir politique. Elle est aussi une épreuve de vertu, c'est-à-dire une épreuve de comportement – conforme à ce qui est *légitimement* attendu du souverain. En témoigne de façon encore plus flagrante le procès d'*impeachment* conduit en 1998 à l'encontre de Bill Clinton, à la suite du célèbre *Monicagate*<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> G. GRUNBERG, N. MAYER et P.-M. SNIDERMAN (dir.), *La démocratie à l'épreuve, une nouvelle approche de l'opinion des Français*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002 ; N. MAYER, « Les hauts et les bas du vote Le Pen 2002 », *RFSP*, 2002, p. 505-520 ; « Du vote lepéniste au vote frontiste », *RFSP*, 1997, p. 438-453 ; *Ces Français qui votent Le Pen*, Paris, Flammarion, 2002 ; M. SINEAU, « L'électrice paradoxale », in P. BRECHON, A. LAURENT et P. PERRINEAU (dir.), *Les cultures politiques des Français*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, p. 111-136 ; P. PERRINEAU, « Le vote d'extrême droite en France : adhésion ou protestation », *Futuribles*, n° 276, juin 2002, p. 16 ; « Le grand dossier », *Le Monde*, 28-29 avril 2002 ; H. LE BRAS, *Une autre France*, Paris, Odile Jacob, 2002.

<sup>8</sup> « États-Unis : ce que l'on sait des violences au Congrès, envahi par des manifestants pro-Trump », *La Dépêche*, 6 janvier 2021 ; « Violences au Capitole : jour de honte aux États-Unis », *Le Monde*, 7 janvier 2021.

<sup>9</sup> Cf. notamment G. PENNYCOOK et D.G. RAND, « Examining false beliefs about voter fraud in the wake of the 2020 Presidential Election », *Harvard Kennedy School Misinformation Review*, vol. 2, n° 1, 11 janv. 2021.

<sup>10</sup> D. COLE, « Trump Is Violating the Constitution », *The New York Review*, 23 février 2017. Cf. aussi A. JENKINS, « More Than 650,000 People Have Joined a Campaign to Impeach President Trump », *Time*, 7 février 2017.

<sup>11</sup> G.C. JACOBSON, « Public Opinion and the Impeachment of Bill Clinton », *Journal of Elections, Public Opinion and Parties*, vol. 10, n° 2, *British Elections & Parties Review*, p. 1-31 ; K.E. WHITTINGTON, « Bill Clinton was no Andrew Johnson : Comparing two impeachments », *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, mars 2000, vol. 2, n° 2, p. 422-465 ; J. TWOMBLY, « From Monkey Business to Monicagate: Hijinks on the High Seas, Whitewater, a Vast Right-Wing Conspiracy, and the Rise of Fox News », *Political scandal and american pop culture*, octobre 2018, p. 41-54.

Il peut donc y avoir des crises de légitimité, lesquelles peuvent elles-mêmes être plus ou moins bien fondées, du sursaut factieux<sup>12</sup> à la vague d'indignation menant à une révolution<sup>13</sup>, en passant par l'influence des groupes d'intérêt<sup>14</sup>.

## 6. Effet de légitimation

Pour en revenir à la légende arthurienne, une réécriture très récente et populaire de celle-ci en propose une relecture édifiante : dans l'adaptation d'Alexandre Astier<sup>15</sup>, le roi Arthur, manifestement abandonné par les dieux et impopulaire, « remet en jeu » son titre en replantant *Excalibur* dans son rocher, mettant ainsi au défi quiconque de passer l'épreuve de légitimité. L'intérêt de cette réécriture est particulièrement puissant si l'on veut bien le mettre en perspective avec les sciences politiques. Le Président de la République pourrait, pour réaffirmer son autorité ou sa légitimité politique, dissoudre l'Assemblée Nationale en vertu de l'article 12 de la Constitution de 1958, de même que le Premier Ministre peut recourir à l'article 49, alinéa 1<sup>er</sup> du même texte dans le cadre du vote de confiance. Le Roi Arthur répond à une crise de légitimité en jouant lui aussi l'épreuve de sa démonstration. Il s'agit toutefois d'un pari : la nouvelle épreuve crée un aléa, la légitimité étant susceptible d'être réaffirmée comme désavouée. Si l'épreuve réitérative est favorable, alors l'effet de légitimation vient restaurer ou affermir la posture de celui dont la légitimité s'était fragilisée et renforcer son projet normatif. Le pouvoir politique bénéficie d'un effet de légitimité restaurée. Cette restauration trouve d'autres illustrations juridiques, en dehors de la seule question politique.

Dans l'histoire du droit, Rome, Byzance, Athènes connaissaient des mécanismes spécifiques dits de *légitimation*<sup>16</sup>. L'effet provoqué était la réparation d'un désordre par le rétablissement d'un certain ordre. Tel était le cas de la reconnaissance d'une parenté ou d'une union naturelle par le recours à une institution tel que le mariage, un rescrit, une reconnaissance parentale, une oblation, etc. L'effet attendu du processus de légitimation est bien un effet restauratif, lequel permettra de déployer des

---

<sup>12</sup> Pour une approche d'anthropologie sociale : M. VILLASANTE-DE BEAUVAIS, « Partis politiques modernes et factions néotraditionnelles. Quelques réflexions sur la parenté, le politique et la démocratie au sein de la société *bidân* de la Mauritanie », Conférence pour le séminaire de P. BONTE, E. CONTE et A. GOKALP, EHESS-Collège de France, Paris, 12 mars 1998 [95427-Text de l'article-163867-1-10-20081107.pdf] ; A. SANDOR et A. CAMPANA, « Les groupes djihadistes au Mali, entre violence, recherche de légitimité et politiques locales », *Canadian Journal of African Studies*, vol. 53, n° 3, *Mali : les défis de la résolution des conflits*, 2019, p. 415-430.

<sup>13</sup> Pour une illustration récente : Y. SHERIF, « La Révolution égyptienne et la crise de légitimité », *Les Cahiers de l'Orient*, 2012, n° 4, p. 33-46 ; J.-Ph. LE BRAS et E. GOBE, « Légitimité et révolution en Tunisie : les leçons tunisiennes de la Haute Instance pour la réalisation des objectifs de la révolution », *REMM*, 2017, p. 233-254 ; R. BEN ACHOUR et S. BEN ACHOUR, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *RFDC*, 2012, n° 4, p. 715-732.

<sup>14</sup> Voir notamment *Gazette du Palais*, Hors-Série, *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt. Identification, utilité et encadrement*, dir. M. Mekki, avril 2011 ; C. BELIN, « Place et légitimité des groupes d'intérêt ethniques aux États-Unis après le 11 septembre 2001 », *AFRI* 8, 2007, en particulier p. 583-584.

<sup>15</sup> Créateur et réalisateur de la série télévisée *Kaamelott* (2005-2009).

<sup>16</sup> C. VAN DE WIEL, « La légitimation par oblation à la Curie dans le droit romain : quelques traces dans les droits canonique, civil et byzantin », *RIDA*, 1990, p. 447-462.

effets juridiques nouveaux. Le droit positif connaît encore des mécanismes restauratifs, tels que la réhabilitation<sup>17</sup>, la réintégration<sup>18</sup>, la régularisation<sup>19</sup>.

Sur le plan du gouvernement, la « force normative<sup>20</sup> » de la loi se trouve accrue par l'effet de légitimation. Il ne faut effectivement pas l'oublier, comme le met en scène l'univers arthurien (qui reflète aussi une conception formaliste du droit au travers de l'exercice de l'État), seul le roi légitime est en mesure de créer ou de restaurer des normes étatiques. La normativité des règles de droit dites et appliquées par l'institution tire sa légitimité du pouvoir lui-même légitimé, lequel bénéficie à ce titre de la force de commandement et du monopôle du gouvernement. L'effet de légitimation assoit donc l'effet normatif autant qu'il justifie l'obéissance à la règle<sup>21</sup>. Reste à identifier les formes que doit prendre l'épreuve de légitimité, ce qui nécessite de déterminer les normes auxquelles cette épreuve doit elle-même se conformer. Ayant renoncé, tel qu'annoncé en introduction, à la quête d'une norme absolue de légitimation – laquelle impliquerait d'affronter la détermination du critère de la légitimité elle-même – nous devons nous contenter de recourir à des normes *ad hoc*.

## 7. Recours à des normes *ad hoc*

La norme subit des épreuves de légitimité construites d'après une ou plusieurs normes *ad hoc*, à un moment donné, dans un lieu donné, pour une question donnée, sans considération systématique d'une superposition formelle normative fondamentale ou universelle. La norme légitimatrice est donc la norme opportune, celle qui émergera parmi les différents présupposés et références de légitimité. Bien sûr, on pourra se demander quel est le moment d'intervention de l'épreuve de légitimité. La légitimité doit-elle être éprouvée avant la naissance de la norme contrôlée, dans le processus de son élaboration, ou après sa naissance, à la lumière de son exécution ?

Lorsque la norme juridique est légale, elle bénéficie d'une présomption de légitimité qui lui vient de sa positivité. Déconstruire sa légitimité implique de l'éprouver *a posteriori*, pour la *renverser*. Tel sera le cas, de façon plus générale, de toute norme déjà effective, qu'elle soit donnée ou construite. Nous traiterons à ce titre de la question de la coutume, norme qui associe l'épreuve du temps à une épreuve légitimatrice. Alors que la loi nouvelle pourra se soumettre à l'épreuve de légitimité durant sa conception, la coutume devra, pour sa part, endurer l'épreuve de légitimité après des siècles, voire des millénaires, de pratique.

---

<sup>17</sup> En droit commercial, elle permet de relever un débiteur de son interdiction de diriger, gérer, administrer une entreprise commerciale. En droit pénal, elle permet de faire disparaître une condamnation pénale et ses conséquences à certaines conditions (absence de nouvelles poursuites).

<sup>18</sup> Permettant la restitution de son emploi à un salarié ayant essuyé un licenciement frappé de nullité. L'occupation du poste est « relégitimé », par l'illégitimité » de l'acte juridique extinctif du contrat de travail.

<sup>19</sup> Permet de mettre en conformité un acte juridique ou un acte de procédure avec les exigences légales, ce qui permet la validation *a posteriori* de l'acte initialement non conforme.

<sup>20</sup> C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009.

<sup>21</sup> Sur la question de l'obéissance à la loi, cf. *infra* G. MARMASSE, « Pourquoi obéissons-nous aux normes ? Jürgen Habermas et la tension entre efficience et légitimité ».



Lorsque la norme ne bénéficie pas du sceau légal, parce qu'elle n'est encore qu'en discussion ou parce qu'elle est en concurrence avec une norme légale, l'épreuve de légitimité lui permet de se construire grâce à un effet de légitimation. Dans le cas d'une phase d'élaboration de la loi, une épreuve de légitimité *a priori* vient *garantir* son bien-fondé, ce qui permettra de rappeler que la conception de la loi n'est pas qu'un projet technique et formel, mais aussi un projet juridique, éthique, socioéconomique, etc. Si l'épreuve est concluante, il sera alors difficile de ne pas l'instituer.

Nous essaierons de montrer ces jeux d'épreuve et les effets qu'ils décrivent, en distinguant, comme annoncé, entre l'épreuve *a posteriori* et l'épreuve *a priori*.

## II. ÉPREUVE *A POSTERIORI* : CONTESTER, REEVALUER, CONTEXTUALISER

### 8. Contester

Une fois la norme juridique posée, sa légitimité peut être remise en question aussi bien dans son processus formel d'élaboration que dans son contenu – la légalité n'étant pas toujours reçue, selon les conceptions, comme une garantie de légitimité du droit. La loi contestée deviendra illégitime parce que son contrôle *a posteriori* révélera qu'elle n'est pas conforme à une norme ascendante ou concurrente. Tel est le cas du contrôle de constitutionnalité, qu'il est possible de mettre en œuvre *a posteriori* depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010, ayant introduit la question prioritaire de constitutionnalité<sup>22</sup>.

### 9. La norme constitutionnelle

Cette petite révolution juridique a été présentée comme une modernisation de nos institutions permettant de « redonner à la Constitution sa place prééminente parmi les normes juridiques, y compris au quotidien pour les individus, [...] par une dynamisation du contrôle de constitutionnalité des lois jusque-là limité dans le temps et dans l'espace<sup>23</sup> ». En effet, le contrôle de constitutionnalité à la française était connu pour être opéré *a priori*, ce qu'ont affirmé assez tôt aussi bien les juridictions administratives que judiciaires. Il en résultait que les juges étaient historiquement tenus de faire application de la loi inconstitutionnelle :

Tout juge, ne pouvait qu'appliquer la loi, même inconstitutionnelle, car celle-ci est la « règle des tribunaux », pour reprendre la formule utilisée par la Cour de cassation dès 1853 avec l'arrêt Paulin [...]. Cette immunité juridictionnelle des lois parlementaires s'expliquait, sous la III<sup>e</sup> République, par le « système général de la Constitution [...] de la France, en tant que celle-ci en investissant le Parlement non seulement de la puissance législative mais même de la puissance constitutive, a fait de lui l'organe suprême de l'État »<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 78, 2009, p. 269-298 ; L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », art. cité.

<sup>23</sup> M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions », art. cité, n° 17.

<sup>24</sup> R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, CNRS, t. 2, 1962, p. 225.

La « QPC » a permis à ce titre d'atténuer l'héritage d'une suprématie parlementaire qui pouvait s'apparenter à une insuffisance démocratique<sup>25</sup>. Le mécanisme organise en effet, au travers de l'article 61-1 de la Constitution, le droit pour toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Entre 2010 et 2018, le mécanisme a été utilisé des milliers de fois par les justiciables et donné lieu à 671 saisines du Conseil constitutionnel et à 572 décisions<sup>26</sup>. En plus d'organiser les moyens de contester la légitimité de la norme appliquée, la réforme constitutionnelle a légitimé la place de tout citoyen, mais aussi des juridictions étatiques, dans le processus de contrôle du droit positif. Ce faisant, le monopôle de légitimité jusque-là détenu par le Parlement s'est désagrégé en voyant le pouvoir de *délégitimation* de la loi descendre dans la cité *via* un acte de contestation judiciaire. Il s'agit ici d'une double détente de la légitimité : d'une part, rendre le justiciable lui-même légitime dans sa contestation de la norme (pourtant posée par ses représentants légitimes), et, d'autre part, rendre possible la délégitimation de la loi présumée légitime. Sur ce dernier point, on voit que la modernisation des institutions a transformé la présomption irréfragable (antérieure à la réforme) de légitimité, attachée à la légalité, en présomption simple susceptible d'être renversée par les destinataires et applicateurs de la norme. Ce partage, par dépossession partielle de la légitimité représentative indirecte, du pouvoir de délégitimation est un fort symbole de diffusion démocratique, montrant, au travers du détachement du couple légalité-légitimité, que si la norme légitimatrice est au sommet d'une pyramide, le pouvoir légitimateur peut pour sa part venir de sa base. La légalité apparaît comme verticale, tandis que le pouvoir légitimant serait diffus, permettant d'influencer<sup>27</sup> et réévaluer la norme descendante<sup>28</sup>.

## 10. Réévaluer

La contestation *a posteriori* est la première marche de la réévaluation du droit en vigueur, à savoir l'action par laquelle peut intervenir une nouvelle évaluation, un nouveau jugement de la valeur de la norme. C'est ainsi qu'ont récemment été jugées non conformes à la « norme suprême<sup>29</sup> » les lois prévoyant la prolongation de plein droit des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire<sup>30</sup>, l'utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire<sup>31</sup>, l'absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé d'une perquisition menée à son

<sup>25</sup> D. MAUS, « Nouveaux regards sur le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », in *L'architecture du droit, Mélanges Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 665-678.

<sup>26</sup> Selon la presse : H. GULLY, « Le bon bilan de la "QPC", en trois points », *Les Échos*, 6 mars 2018.

<sup>27</sup> Sur l'utilisation de la QPC par les groupes d'intérêt, cf. M. CHRISTELLE *et al.*, « La QPC et les représentants d'intérêt : techniques d'influence et influences sur la technique », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors-série, octobre 2021.

<sup>28</sup> Rapprocher ces questions de L. DUGUIT, *L'état, le droit objectif et la loi positive* (vol. 1, Paris, Fontemoing, 1901), montrant que le *droit* arrête l'État.

<sup>29</sup> Expression utilisée par D. Maus pour désigner la Constitution (H. GULLY, « Le bon bilan de la "QPC", en trois points », art cité).

<sup>30</sup> CC, 29 janvier 2021, n° 2020-878/879.

<sup>31</sup> CC, 15 janvier 2021, n° 2020-872.

domicile dans le cadre d'une enquête préliminaire<sup>32</sup>, le maintien à l'isolement ou en contention en psychiatrie au-delà d'une certaine durée sans contrôle du juge judiciaire<sup>33</sup>, ou encore, de façon très médiatisée, la loi incriminant le « délit de solidarité<sup>34</sup> ». Dans ce dernier cas, le conseil retient que :

en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public.

Cette décision n'est pas seulement significative parce qu'elle offre un bon exemple restauratif de légitimité (les actes de fraternité alors poursuivis au nom de la loi sont réhabilités dans leur légitimité) mais aussi parce qu'elle illustre parfaitement le mystère des fondements normativo-légitimateurs. En l'espèce, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la fraternité a transformé une valeur en norme... par on ne sait quel procédé ! Le Conseil constitutionnel invoque un principe sans s'expliquer sur le processus permettant une telle reconnaissance. Il s'agit là possiblement d'une interprétation exégétique de la norme constitutionnelle dont l'esprit s'exprime dans la découverte d'un principe *ad hoc* implicitement contenu dans le texte. On prendra simplement soin de relever au sujet de cet « avènement de la fraternité<sup>35</sup> » que la référence à la norme constitutionnelle, ainsi que l'épreuve de constitutionnalité à l'œuvre ici, révèlent que le contenu de la norme légitimatrice est plastique : il est susceptible de contenir une pluralité de normes implicites jouant régulièrement l'esprit et les fonctions de la loi au travers de la (re)découverte de principes directeurs, eux-mêmes mobilisant des considérations de morale sociale, valeurs sociologiques fondamentales et idéaux universels. En d'autres termes, la norme légitimatrice peut être fondée sur des présupposés tacites contenus dans des normes expresses.

Cela étant dit, si le droit constitutionnel est sans aucun doute un catalyseur très évocateur des liens entre normativité et légitimité, encore faut-il rappeler que le contrôle constitutionnel n'est certainement pas la seule épreuve de légitimité du droit. Toujours dans la perspective de l'épreuve *a posteriori*, nous aborderons les normes instaurées par le temps. Tel est le cas de la coutume.

## 11. La norme coutumière

Tous les étudiants en droit retiennent la formule dès leur entrée en première année, « la coutume est une source de droit<sup>36</sup> », « un droit fondé par le temps<sup>37</sup> ». Les normes coutumières désignent le *jus non scriptum*, soit l'ensemble des normes comportementales qui répondent à la définition du droit, un droit spontané et non écrit. En ce sens, l'épreuve légitimatrice est une épreuve sociologique collective qui

<sup>32</sup> CC, 15 janvier 2021, n° 2020-873.

<sup>33</sup> CC, 19 juin 2020, n° 2020-844.

<sup>34</sup> CC, 6 juillet 2018, n° 2018-717/718.

<sup>35</sup> Cf. D. SALAS, « L'avènement de la fraternité », *Les cahiers de la justice*, 2018. 383.

<sup>36</sup> R. JACOB, « La coutume, les mœurs et le rite. Regards croisés sur les catégories occidentales de la norme non écrite », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 2001, n° 23, p. 145-166 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Flammarion, 2019, p. 101 *sqq.*

<sup>37</sup> Cicéron, *De inventione*, II, 67.

ne repose pas sur la technique légistique, mais provient des destinataires de la norme eux-mêmes et de leur consentement général à une convention tacite, laquelle est l'expression d'une *ratio* entendue comme « conviction commune qui reconnaît la vérité, la nécessité de la règle, c'est-à-dire le fondement même du droit, dont la coutume n'est que le résultat et le signe<sup>38</sup> ». La force de cette adhésion commune<sup>39</sup> est considérable : son essence consensuelle prête aux usages une force obligatoire. La normativité est ici conventionnelle, tandis que la légitimité est puisée dans le fondement volontariste. Il n'empêche que des forces politiques, institutionnelles, sociales ou économiques restent susceptibles d'influencer les termes du contrat coutumier ou, au contraire, de forcer leur maintien. Dans ses essais, Montaigne narre d'ailleurs comment le législateur des Thuriens découragea les esprits contestataires ou audacieux, en ordonnant que celui qui voudrait « abolir une des vieilles lois, ou en établir une nouvelle, devrait se présenter au peuple la corde au cou ; afin que si la nouveauté n'était pas approuvée d'un chacun, il fût incontinent étranglé<sup>40</sup> ».

Encore faut-il préciser que la coutume, pour être considérée comme telle, doit impérativement être légitimée par le poids ancestral. Pour que la norme comportementale soit qualifiée de coutumière, elle doit être entérinée par l'habitude qui, avec le temps et l'adhésion commune, en font une règle de droit. La norme comportementale doit être spontanément répétée collectivement et, en ce sens ne doit pas émaner d'un commandement étatique. Il s'agit ici d'une épreuve de légitimité que l'on qualifiera de rustique en ce que la coutume se présente comme un « mode primitif et normal de la formation du droit<sup>41</sup> ». À la question « pourquoi doit-on faire ainsi ? », la norme coutumière sera justifiée, de façon vulgaire, par une réponse de ce type : « parce que c'est ainsi que l'on a toujours fait ». C'est notamment ce que l'on peut entendre, peu ou prou, dans une juridiction coutumière. Or, cela aggrave la rigidité de la norme et réduit les perspectives de remise en question (quel recours a-t-on contre l'épreuve du temps ?) notamment en présence de normes provenant de sources concurrentes, lorsque le temps ne suffit plus à garantir le bien-fondé des normes établies par la force de l'habitude<sup>42</sup>. On assiste certes à son « effacement relatif devant la loi ou la jurisprudence<sup>43</sup> », confirmant le principe énoncé par le rescrit de Constantin : *consuetudo non vincit legem*<sup>44</sup>. Toutefois, si l'on veut bien se rappeler qu'une large partie du droit commun n'est ni plus ni moins que de la coutume légiférée<sup>45</sup>, on s'interrogera sur la valeur des critères lé-

<sup>38</sup> F.K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 1, Paris, Firmin Didot Frères, 1855, p. 410.

<sup>39</sup> H. TAINÉ, *Les origines de la France contemporaine*, t. 2, Paris, Hachette et Cie, 1910, p. 50.

<sup>40</sup> MONTAIGNE, *Essais*, L. I, Chap. XXIII.

<sup>41</sup> E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains envisagées dans leurs rapports avec l'État social et avec les progrès de la jurisprudence*, *L'Ancien droit*, Paris, Pion et Marescq, 1891, p. 61.

<sup>42</sup> L. CHASSOT, « Quelle place pour la coutume dans un monde globalisé ? », *Les Cahiers de la Justice*, 2011, n° 1, p. 89-104.

<sup>43</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>44</sup> « L'habitude ne peut vaincre la loi » (nous traduisons).

<sup>45</sup> Rapprocher de C. LEVI-STRAUSS, *Le Regard éloigné*, Paris, Plon, 1983, p. 378 : si la norme « peut garantir l'exercice des libertés, celles-ci n'existent que par un contenu concret qui ne provient pas de la loi, mais des mœurs ».

gitimateurs de l'une et l'autre normes : une *bonne* coutume (substantiellement légitime) doit-elle céder face à une mauvaise loi (formellement légitime mais substantiellement illégitime) ? Et inversement ? Si le temps est une épreuve de légitimation de la norme coutumière, cette épreuve a aussi permis à la période médiévale de distinguer entre « bonnes coutumes » et « mauvaises coutumes » :

L'expression « bonnes coutumes » fait référence au système juridique coutumier traditionnel, issu des franchises locales concédées par le pouvoir seigneurial et désigne un corps de règles coutumières propre à un ressort [...]. Au contraire, l'expression « mauvaises coutumes » évoque l'époque antérieure à la fixation de la géographie coutumière, lorsque les nouveaux maîtres du pouvoir, *seniores*, châtelains et autres « sires », tentent d'imposer de nouveaux droits, de nouvelles taxes, qualifiées de « mauvaises » ou d'injustes parce qu'arbitraires, exagérées, non coutumières.<sup>46</sup>

La *nouvelle* coutume est ici associée à la *mauvaise* coutume. C'est dire si la réforme peut inspirer défiance et méfiance, alors que l'habitude instaure la confiance. Ce n'est toutefois pas seulement la nouveauté qui fonde l'illégitimité, c'est encore, dit-on, l'injustice qu'elle permet, son caractère arbitraire ou exagéré. Ainsi, est réintroduit un *criterium* légitimateur ne reposant plus sur la légitimation de la norme juridique par l'épreuve du temps. Ce sera l'appréciation qualitative de la norme qui apparaîtra ici pour questionner son contenu : est-il satisfaisant ? La norme bien fondée n'est pas seulement ce que les usages ont établi ; c'est aussi un contenu jugé conforme à une représentation des vertus nécessaires et substantielles de la règle. La légitimité de la norme dépendra de sa capacité à réaliser la paix et la justice dans la cité, peu important son mode de formalisation. Plusieurs exemples pourraient s'offrir à l'analyse dans le cadre d'une recherche plus ample. Nous en retiendrons deux appartenant aussi bien aux coutumes du passé qu'aux coutumes actuelles.

### 11.1. Coutumes du passé

Le premier exemple est celui de l'évolution du droit de la responsabilité civile. L'histoire moderne du droit de la responsabilité en occident a montré l'effacement final du système de vengeance privée en faveur d'un droit de l'indemnisation. La pratique coutumière de la vengeance privée a été regardée, sous certains aspects, comme une surenchère de violence, malgré des siècles de mise en œuvre. La violence vindicatoire s'est construite historiquement comme réponse légitime à la violence de l'auteur du dommage, légitimant la contre-agression, le recours à la guerre<sup>47</sup>, même par ou contre le parent éloigné de la victime, ou de l'auteur du dommage<sup>48</sup>. En réaction, l'apparition des modes de médiation, notamment ecclésiastiques, des tarifs indemnitaires et autres modes de rançons prévus par le législateur, sont venus délégitimer le recours à la violence privée en tant que mode de réalisation de la justice<sup>49</sup>. L'impératif de restauration durable de la paix sociale a ainsi contrecarré la force de l'habitude et délégitimé la reproduction des schémas

<sup>46</sup> Ch. LAURANSON-ROSAZ, « Des “mauvaises coutumes” aux “bonnes coutumes” » in M. MOUSNIER et J. POUMAREDE (dir.), *La coutume au village : Dans l'Europe médiévale et moderne*, Presses universitaires du Midi, 2001, p. 19.

<sup>47</sup> Cf. notamment S. NEUVILLE, *Philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 2019, n° 158.

<sup>48</sup> Ph.-A. MERLIN, « indignité », in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 6, Paris, Bertin et Dunel, 1808, p. 78-b.

<sup>49</sup> R. LE JAN, « Les transactions et compromis judiciaires autour de l'an Mil », *La justice en l'an mil*, Paris, La Documentation française, 2003, n° 15, p. 64-79.

vindictaires. Un mot pourrait être dit sur la résonance que l'histoire de la responsabilité et de la justice corrective peut avoir avec la délégitimation philosophique de l'état de nature – mais aussi de la légitimation corrélatrice de l'État de droit. En effet, la délégitimation de la violence n'est pas sans évoquer la lutte contre un état de guerre permanent maintenu par l'état de nature. Le recours à un tiers arbitre s'octroyant le monopole de la violence (laquelle est alors confisquée à chacun) forme une césure, celle qui marque l'avènement de l'homme raisonnable qui, en renonçant à l'exercice de sa propre violence, reconnaît la légitimité de l'action étatique et l'illégitimité de sa propre brutalité.

### 11.2. Coutumes du présent

Le second exemple est d'actualité. Il est celui de l'excision et présente un intérêt dans la mesure où la pratique légitimée par la coutume crée souvent un conflit avec la norme légale<sup>50</sup>. L'obligation d'exciser est une norme sociale persistante, bien que *contra legem* dans la majorité des systèmes juridiques<sup>51</sup>, et pose la question de sa conformité à un ordre public qui s'est nourri des « mouvements d'opinion<sup>52</sup> » promouvant les droits de la personne, ainsi que des alertes scientifiques et médicales relatives aux conséquences délétères (physiques et psychiques) de cette pratique. Si elle est légitimée par le temps et l'habitude<sup>53</sup>, mais aussi par les arguments les plus catégoriques du relativisme culturel, d'autres critères de légitimité ont fondé une opposition à cette pratique : ce serait un intérêt à dimension personnelle et individuelle qui prendrait l'ascendant sur des reproductions comportementales socio-culturelles. La loi aurait ici l'ambition de s'imposer comme instrument d'un déracinement de la coutume, afin de promouvoir un nouveau référentiel de valeurs sociologiques, à la fois plus universelles (conception détachée de la culture d'ancrage) et plus individualistes (l'intérêt de chaque victime est supérieur à l'intérêt culturel).

## 12. Contextualiser

Impossible de ne pas retenir, à la lumière des éléments précédents, que la normativité tirée de la légitimité, aussi bien que l'épreuve de légitimité prise dans ses fondements, ne peuvent être appréciées que par un effort de contextualisation : la réévaluation de la norme est un geste qu'il est difficile de faire sans immersion contextuelle (juridique, culturel, historique, etc.). Si parfois le processus de délégitimation peut se rattacher à un phénomène de désuétude<sup>54</sup> – tel qu'en a témoigné l'interdiction en France du port du pantalon pour les femmes qui fut abrogée en

---

<sup>50</sup> Voir M.J. BOURDIN, *L'excision, une coutume à l'épreuve de la loi*, A3 Éds, 2005 ; A. LANTZ, « L'excision en Cour d'Assises », *L'Homme et la société*, n°s 95-96, 1990, p. 179-183.

<sup>51</sup> Alors qu'elle est encore légalement tolérée en Indonésie, en Irak, au Liberia, au Mali, en Ouganda, en Sierra Leone et en Somalie.

<sup>52</sup> T. LOCOH, « Pratiques, opinions et attitudes en matière d'excision en Afrique », *Population*, vol. 53, n° 6, 1998, p. 1227.

<sup>53</sup> F. COUCHARD, « Complexité et diversité de la coutume de l'excision », in F. COUCHARD, *L'excision*, Paris, PUF, 2003, p. 41-50.

<sup>54</sup> La norme jadis légitimée par le temps est en rupture avec les mœurs qui ont, parallèlement, évolué et abandonné certains usages.



2003 dans un contexte où la norme était désuète – on voit en revanche que le phénomène de l’excision oppose une norme sociale qui, malgré les interventions législatives, ne parvient pas à s’éteindre<sup>55</sup>. On assiste ainsi à une concurrence féroce des légitimités et des normativités. La loi ne suffit pas sans adhésion sociale : l’intensité de la normativité sociale peut s’avérer nettement supérieure à celle de la normativité légale.

Il faut parallèlement remarquer que dans le cas de la désuétude, c’est la perte d’effectivité qui crée l’illégitimité. La règle dépourvue d’effectivité ne parvient plus à justifier valablement son bien-fondé. Les *nouveaux* schémas coutumiers ont alors le pouvoir d’*abroger*<sup>56</sup> virtuellement la norme désuète, du simple fait de la disparition des usages concernés ou de leur réprobation générale et spontanée. Toutefois, autre configuration, la norme coutumière, pourtant délégitimée socialement, peut voir sa vivacité maintenue par l’effet de la loi. Tel est le cas en France des dispositions dérogatoires permettant la survie des courses de taureaux et combats de coqs. Pour rappel, l’article 521-1, alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal prévoit que

le fait, publiquement ou non, d’exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d’emprisonnement et de 30 000 euros d’amende.

Or, le même article, dans son cinquième alinéa, précise encore que ces dispositions ne sont pas applicables aux courses de taureaux, lorsqu’une *tradition locale ininterrompue* peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où *une tradition ininterrompue peut être établie*. La lecture du droit positif révèle ici deux choses.

Premièrement, la loi peut être délégitimée et s’effacer derrière la coutume. Le temps est ainsi retenu comme épreuve légitimatrice supplantant l’épreuve de légalité.

Deuxièmement, la norme légale elle-même peut prévoir la dérogation érigeant en critère de légitimité l’épreuve du temps (tradition locale ininterrompue).

Or, l’évolution de la morale sociale a sans doute ébranlé la légitimité du contenu de la norme coutumière laquelle, fût-elle perpétuée de façon ininterrompue, n’emporte plus l’adhésion du collectif. Du moins, s’il fallait supposément en douter, un conflit d’approches légitimatrices est cristallisé dans cet article du Code pénal : le premier alinéa est justifié par des valeurs sociologiques tenant à la protection du bien-être animal (approche légitimatrice substantielle des vertus de la norme), tandis que le cinquième alinéa se borne à légitimer une norme contradictoire au nom de l’habitude (approche légitimatrice formelle du bien-fondé de la norme). Alors que l’on peut concéder à la défense de l’intérêt de l’animal une amplitude universelle, il y a dans le cas qui nous occupe, un intérêt qui serait supérieur à conserver un particularisme local.

Pour bien le comprendre, peut-être faut-il poser clairement le sens et la portée du texte. En l’occurrence, le droit positif admet ici que les courses de taureaux et combats de coqs constituent des actes répréhensibles car constitutifs de sévices

<sup>55</sup> Sur la coutume pris comme phénomène et le rapport entre les lois et les mœurs, cf. L. ASSIER-ANDRIEU, *Chroniques du bon et du juste*, Paris, Presses de Sciences Po, 2020, en part. p. 52 *sqq.*

<sup>56</sup> Il ne s’agit pas d’une abrogation formelle, mais d’un succédané d’abrogation.

graves et actes de cruauté envers les animaux. L'incrimination consiste donc à ériger la pratique en infraction pénale. Mais, le même texte prévoit, dans un second temps, que ces sévices doivent bénéficier d'une immunité justifiée par la tradition. Chaque alinéa du texte pénal conclut son propre processus de légitimation. Le premier alinéa repose sur une épreuve de légitimité dont le critère est substantiel (le contenu de la norme doit être compatible avec une certaine valeur sociologiquement protégée), tandis que le second repose sur une épreuve dont le critère est formel (la norme est instituée par le temps). On observe un double conflit entre les formes et les critères de légitimation, et entre les prescriptions qui en résultent. Il en ressort que les nouvelles représentations sociales ne suffiront jamais à abroger une loi qui, pourtant, a légitimé formellement d'anciens schémas sociaux devenus minoritaires.

C'est pourquoi, la question coutumière met sans aucun doute en lumière la dimension anthropologique du droit<sup>57</sup>, laquelle implique d'observer les dynamiques normatives en lien avec leur contexte. Elle implique également une lecture politique des épreuves légitimatrices dès qu'il s'agit d'arbitrer les rapports entre les structures sociales et la loi. On souligne encore, à l'issue de ces développements consacrés à l'épreuve légitimatrice *a posteriori*, que le processus de légitimation ne se confond pas systématiquement avec l'épreuve de légalité. Il procède de la contestation, de la réévaluation et de la contextualisation des normes juridiques à l'aide de normes légitimatrices *ad hoc*<sup>58</sup>. Ce constat pourrait valoir aussi pour l'épreuve de légitimité *a priori*, mais c'est un autre processus que nous aimerions mettre en évidence pour celle-ci.

### III. ÉPREUVE A PRIORI : EXPERTISER, DELIBERER, MOTIVER

#### 13. Penser le projet normatif

L'épreuve de légitimation *a priori* participe du projet d'élaboration de la norme, dont le bien-fondé doit être vérifié en amont de son insertion dans l'ordre juridique. Fonder *en amont* la décision normative fait partie intégrante de la construction décisionnelle, tant du législateur que du juge.

#### 14. Fonder la loi

Comment assurer la légitimité de la loi ? La question constitutionnelle étant déjà évoquée *supra*, nous ne traiterons pas ici du contrôle de constitutionnalité *a priori* des textes de loi. En revanche, l'inflation législative assortie de sa complexification croissante, a placé le législateur dans une posture de technocrate plus ou moins visible.

---

<sup>57</sup> Cf. *ibid.*, p. 48, pour qui : « l'appel théorique à l'idée de coutume témoigne [...] de l'imbrication conceptuelle du droit et de l'anthropologie [...] [et] procède de la volonté d'appréhender conjointement la norme locale, la juridicité humaine et la théorie du droit ».

<sup>58</sup> Sur l'impératif de contextualisation en matière de droit pénal international, cf. P. JOUETTE, *La détermination des peines en droit pénal*, op. cit., en part. n° 43 *sqq.*, pour qui « la contextualisation s'apparente à déterminer les différentes dynamiques qui ont conduit à la création d'une peine internationale. Cette étape paraît fondamentale dans la mesure où elle permet de justifier les peines prévues, et plus généralement de faire valoir la spécificité attachée à la norme de pénalité internationale. En cela, contextualiser les peines se rattache à découvrir des choix de politique pénale ».



Les connaissances scientifiques et techniques susceptibles d'éclairer les phénomènes auxquels la loi doit répondre sont insuffisamment et inégalement maîtrisées par les représentants démocratiques. Or, pour ne citer que quelques exemples, la problématique environnementale, ou celle de la gestion de la pandémie, révèle le besoin d'expertise dans le processus de légitimation de la norme. Comment fonder la loi relative à l'interdiction ou l'autorisation de produits phytosanitaires lorsque le législateur n'est pas lui-même agronome ? Comment légiférer sur une crise sanitaire lorsque l'on n'est pas soi-même médecin ou épidémiologiste ? Ces questions pourraient être déclinées à loisir selon les sujets variés qui rythment la vie collective, qu'il s'agisse du numérique, du nucléaire, de la bioéthique, mais aussi de la fiscalité, des relations internationales, des successions, de l'enseignement et de la recherche... L'élaboration de la loi se fait alors à l'aide d'études d'impact<sup>59</sup>, de rapports législatifs, d'informations, parlementaires ou (inter)ministériels, rapports de commissions d'enquête<sup>60</sup>, de commissions permanentes ou spéciales<sup>61</sup> ou de comités d'évaluation et de contrôle des politiques publiques<sup>62</sup>, avis<sup>63</sup>, consultations<sup>64</sup>, et autres supports du travail délibératif. Il en ressort que, en principe, le législateur ne peut légiférer légitimement sans s'entourer d'experts.

## 15. Expertiser la norme

L'isolement du législateur le priverait du savoir nécessaire à l'élaboration d'une norme satisfaisante. Il apparaît alors que l'épreuve de légitimité *a priori* peut être extérieure à l'enjeu de juridicité technique, le rôle de l'État étant d'organiser les moyens de consulter utilement la société, les sciences et les arts pertinents pour que le législateur puisse accomplir sa mission de façon éclairée. Faut-il encore que les référents (commissions parlementaires, autorités administratives indépendantes, organisations non gouvernementales, ou sociétés privées<sup>65</sup>, etc.) contribuant à la consultation, soient eux-mêmes regardés comme légitimes. Or, leur valeur pourrait effectivement être discutée. Certaines institutions sont investies spécialement par le législateur de la mission d'expertise, comme le Conseil économique, social et environnemental qui rend des avis sur les projets de loi<sup>66</sup>, et peut

---

<sup>59</sup> Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, sauf exceptions, tous les projets de loi sont accompagnés d'une étude d'impact réalisée par le Gouvernement. Ces études d'impact sont accessibles au public et ouvertes aux commentaires. Le triple objectif de l'étude d'impact est ainsi présenté : (1) *améliorer* la qualité des projets de loi, en permettant notamment de vérifier la nécessité de l'intervention du législateur ; (2) *éclairer* le Parlement sur la portée des réformes que lui soumet le Gouvernement ; (3) fournir un outil d'*aide à la décision politique*.

<sup>60</sup> Règlement de l'Assemblée Nationale, Chapitre IV, Partie I, Titre III.

<sup>61</sup> *Ibid.*, Chapitre V, Partie I, Titre III.

<sup>62</sup> *Ibid.*, Chapitre VII, Partie I, Titre III.

<sup>63</sup> Par exemple, l'article 38 de la Constitution, modifié par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

<sup>64</sup> Par exemple, la loi du 17 mai 2011-525 de simplification et d'*amélioration de la qualité du droit*.

<sup>65</sup> Sur cette question d'actualité : A. VAUCHEZ, « Quel est le rôle des cabinets de conseil dans la sphère publique ? », *La question du jour*, Podcast France Culture, 8 février 2021, 7 min.

<sup>66</sup> Art. 69 et 70 de la Constitution, et Ordonnance n° 58-1360 (art. 2) du 29 décembre 1958.

être saisi par le Gouvernement ou le Parlement<sup>67</sup>, par pétition<sup>68</sup> ou par auto-saisine<sup>69</sup>. Il en est de même pour le Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé<sup>70</sup> qui a pour mission de donner son avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'homme, des groupes sociaux ou la société toute entière.

Le rapprochement entre les sciences juridiques, le politique et les autres sciences, particulièrement naturelles, a sans doute institué les dépositaires du savoir scientifique – qu'il concerne la médecine, la physique, la biologie, l'éthologie, l'informatique, etc. – comme référents légitimes. Ces derniers sont regardés comme suffisamment légitimes pour que les normes juridiques soient parfois expliquées et justifiées auprès du grand public non par des juristes ou des légistes, mais par des professionnels de santé. Si l'on s'en tient simplement à la crise sanitaire causée par la pandémie de la covid-19, chacun observera que les augures d'hier sont les médecins et épidémiologistes d'aujourd'hui. Ainsi, la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a prévu dans son article 2 qu'en cas de déclaration de l'état d'urgence sanitaire, il est réuni sans délai un comité de scientifiques composé de « personnalités qualifiées » rendant périodiquement des avis sur l'état de la catastrophe sanitaire, les connaissances scientifiques qui s'y rapportent et les mesures propres à y mettre un terme ainsi que sur la durée de leur application.

Illustrant à nouveau une concurrence des légitimités, les critères de cette normativité expertale sont quotidiennement discutés, au motif que les nouvelles normes dites « sanitaires » entrent en conflit avec d'autres intérêts que ceux portés par la santé ; tel est le cas des intérêts socio-économiques qui seraient défavorisés par la priorité donnée à la gestion sanitaire.

Cependant, l'étape expertale n'est pas toujours extra-juridique. Elle doit être parfois spécifiquement juridique afin de mesurer l'utilité et la cohérence de la loi au sein du droit positif et de son évolution. Nous le disions, le législateur n'est effectivement pas nécessairement familier des concepts de la dogmatique juridique, pas plus que du droit déjà posé. C'est alors au tour de la doctrine des juristes d'occuper une place expertale indéniable dans le processus de légitimation de la norme, notamment lorsque celle-ci s'apprête à être réformée. On ne compte plus les avant-projets de réforme échafaudés par des membres de la doctrine, permettant au projet normatif de s'emparer des diagnostics et propositions de juristes experts pour, en théorie, offrir les réponses les plus pertinentes aux besoins ou insuffisances du droit positif. Les auditions parlementaires créent également le lien entre les chercheurs en droit et les travaux législatifs. Le travail doctrinal, en tout état de cause, est censé

---

<sup>67</sup> Art. 70 de la Constitution, et Ordonnance n° 58-1360, art. 4-1.

<sup>68</sup> Ordonnance n° 58-1360, art. 3.

<sup>69</sup> *Ibid.*, art. 4-1.

<sup>70</sup> Créé par le décret n° 83-132 du 23 février 1983. L'article 2 du texte dispose pour sa part que le comité peut être saisi par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, un membre du Gouvernement, un établissement public ou une fondation reconnue d'utilité publique ayant pour activité principale la recherche ou le développement technologique, un établissement d'enseignement supérieur.

permettre de clarifier, proposer et orienter l'évolution du droit<sup>71</sup> – au point que la doctrine est parfois qualifiée de « législatrice » ou « *de lege ferenda* », ce qui donne à discuter son rôle, particulièrement dans un cadre normativiste<sup>72</sup>.

La complexité croissante des phénomènes auxquels le législateur est confronté encourage le recours toujours réitéré à des experts de plus en plus spécialisés ; mais quoi qu'il en soit l'étape expertale ne fait que précéder une étape délibérative.

## 16. Délibérer

Si l'expertise est une contrainte méthodologique du processus de légitimation de la norme, elle ne contraint pas, en principe, les dépositaires du pouvoir légiférant. Assurément, le législateur consulte pour être éclairé et non pour céder son pouvoir à l'expert. Tel est l'esprit du recours à l'expertise qui n'est finalement qu'une *ressource* délibérative parmi les *techniques* de légitimation de la norme. La délibération s'aide ensuite, ou s'émancipe au besoin, des données expertales qui vont, au travers de la mise en discussion de la norme, fournir des arguments délibératifs – parmi lesquels, précisément, la légitimité ou l'illégitimité des données expertales. Les débats parlementaires en ont offert une illustration spectaculaire récemment à l'occasion de la proposition de loi, adoptée, par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à renforcer la lutte contre la maltraitance animale<sup>73</sup>. L'article 12 de la proposition de loi prévoit, sauf dérogations prévues par le texte, l'interdiction de la captivité des spécimens cétacés, leur participation à des spectacles, leur reproduction, et toute nouvelle acquisition de ces animaux. Les débats à l'Assemblée nationale se sont focalisés sur la justification scientifique de cet article, donnant lieu à une remise en cause de la légitimité des sources citées par la Rapporteuse du texte ainsi que par le Gouvernement, mais, également, sur l'opportunité de limiter le débat à des considérations purement éthologiques quand certains députés y voyaient également des questionnements de principe éthique, philosophique ou idéologique. La souveraineté de la représentation nationale, conjuguée au débat public, a alors éclipsé aisément les considérations scientifiques techniques qu'il est parfois difficile pour tout parlementaire de contredire – mais qu'il est possible de peser. C'est cet exercice de pesée qui caractérise l'épreuve légitimatrice.

La légitimité de la norme, certes éclairée par les discours de science, se fonde sur un exercice de délibération. Cette dernière désigne communément l'action d'« examiner, peser tous les éléments d'une question avec d'autres personnes, ou éventuellement en soi-même, avant de prendre une décision, pour arriver à une conclusion<sup>74</sup> ». Le fait est que, dans l'hémicycle, le processus délibératif soutient souvent davantage une posture politique trouvant, ou non, appui sur l'expertise pour légitimer l'adoption d'une norme plutôt qu'une autre. L'étape délibérative

<sup>71</sup> Sur l'éthique de la doctrine, cf. *infra* M. BOUDOT, « Éthique doctrinale rudimentaire ».

<sup>72</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 453 *sqq.* ; cf. aussi P. DEUMIER, « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source de droit ? », RTD civ. 2006. 63 ; R. LIBCHABER, « Une transformation des missions de la doctrine ? », RTD civ. 2002. 608 ; A. DE THEUX, I. KOVALOVSKY et N. BERNARD, *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1995, n° 181.

<sup>73</sup> Texte n° 558 adopté par l'Assemblée nationale le 29 janvier 2021.

<sup>74</sup> « Délibérer », in *Trésor de la Langue Française informatisé – TLFi* [<https://www.cnrtl.fr/definition/d%C3%A9lib%C3%A9rer>].

peut d'ailleurs se référer à, ou se libérer de, nombreuses considérations légitimatrices. Dans cette dynamique politicienne, la ressource expertale peut être évincée à l'opportunité par la magie d'une incantation à des références légitimatrices qui lui sont supposément supérieures. Par exemple, pour éviter de discuter la pertinence de rapports scientifiques relatifs à la captivité des animaux marins, les débats parlementaires précités ont régulièrement fait référence à « l'opinion des Français ». Ici, les parlementaires chargés de délibérer se sont prévalu de leur devoir et de leur pouvoir de *représenter* fidèlement la volonté du peuple souverain : ils ont cité à cet égard des statistiques issues de sondages comme levier de légitimation de la norme présentée comme majoritairement consentie par ses destinataires.

L'histoire montre cependant que cet argument n'a pas toujours pesé. Le même procédé rhétorique est utilisé également à des fins opposées. En témoigne la loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort, laquelle fût adoptée, après deux jours de débats parlementaires, par 363 voix contre 117, dans un contexte d'opinion plutôt défavorable, mais minimisée au nom de la réalisation du programme du Président de la République et de l'exercice du mandat politique – le mandat électif est invoqué pour se libérer de l'opinion populaire, à savoir par le truchement de son pouvoir de représentation. Sans revenir sur tous les piliers argumentatifs du Garde des Sceaux Robert Badinter portant la proposition de loi, on rappellera simplement sa référence légitimatrice, non scientifique en l'occurrence, à un homme politique, Jean Jaurès pour qui : « la peine de mort est contraire à ce que l'humanité depuis deux mille ans a pensé de plus haut et rêve de plus noble. Elle est contraire à la fois à l'esprit du christianisme et à l'esprit de la Révolution<sup>75</sup> ». La thèse, on le voit, ne repose donc pas sur une étude d'impact ou un avis de spécialistes, mais sur une guerre de convictions touchant aux fondements idéologiques, culturels, éthiques, philosophiques, anthropologiques, voire métaphysiques, de la civilisation à destination de laquelle la norme s'appliquera. Cet épisode législatif peut d'ailleurs être présenté comme un exemple dans lequel le législateur va légitimer la rupture entre le projet normatif et l'opinion publique au nom d'un idéal démocratique ne reposant pas sur la loi du nombre mais sur celle du progrès humain.

La délibération apparaît bien ici comme l'épreuve légitimatrice de la norme par excellence dans un contexte démocratique, laquelle emploie des techniques et des ressources diverses pour s'imposer à coup d'enthymèmes, d'éloquence et de stratagèmes rhétoriques ou politiques. Cette opération formalise une conviction collective par la voie du suffrage parlementaire. Elle a vocation à permettre au législateur de se convaincre du bien-fondé de la norme. Reste à convaincre le destinataire de la norme : une autre étape légitimatrice doit encore être identifiée, permettant de rendre compte de la délibération. Il s'agit de l'étape de la motivation.

## 17. Motiver

Tout juriste est familiarisé avec « l'exposé des motifs », cette partie d'un projet ou d'une proposition de loi qui présente les raisons pour lesquelles la norme a été créée, ses objectifs et son esprit. Motiver la norme consiste donc à en exposer les

---

<sup>75</sup> *Contra* J.S. MILL, « Plaidoyer en faveur de la peine capitale », *Revue d'études benthamiennes*, n° 12, 2013 [<https://doi.org/10.4000/etudes-benthamiennes.697>]. Cf. aussi B. BASSE, « John Stuart Mill et la question de la cruauté de la peine de mort », *Revue d'études benthamiennes*, n° 12, 2013 [<https://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/683>].

motifs, c'est-à-dire expliquer et justifier rationnellement cette norme. La motivation s'apparente à une épreuve de légitimation didactique, en ce qu'elle s'efforce d'explicitier les fondements de la norme pour lui rendre raison<sup>76</sup>. Cet effort explicatif déploie sa vertu pédagogique, voire promotionnelle, tant auprès des destinataires de la norme, lesquels doivent être convaincus de sa légitimité, que des applicateurs de cette norme, lesquels doivent pouvoir eux-mêmes légitimement l'exploiter, c'est-à-dire conformément au sens donné par le législateur. Ainsi, « la motivation revêt une fonction légitimante<sup>77</sup> ».

C'est pourquoi cette étape s'avère cruciale lorsque sont mis en exergue ses liens avec le travail du juge et le travail doctrinal.

## 18. La décision judiciaire

La légitimation du jugement pourrait tout à fait répondre aux étapes décrites précédemment : expertiser, délibérer, motiver.

Le juge est un expert du droit. Pour reprendre les termes d'un rédacteur du Code napoléonien, il est chargé de diriger l'application de la loi<sup>78</sup>. De sa connaissance du droit naît sa légitimité à statuer<sup>79</sup>. Le jugement légitime est donc celui rendu par un arbitre-sachant, *via* une procédure garante de la légitimité de la décision définitive. Toutefois, si le juge est un sachant du droit, il est confronté, tout comme le législateur, à des domaines d'intervention qui lui échappent. Le contentieux de la responsabilité civile en est un parfait exemple lorsqu'il s'agit d'évaluer le préjudice corporel, contentieux dans lequel il est inenvisageable de délibérer sans avoir eu recours à une appréciation médicale au moins.

C'est ainsi que l'étape expertale reposant sur l'avis d'un tiers désigné comme compétent fait pleinement partie du processus judiciaire, qu'il s'agisse d'une mesure d'expertise<sup>80</sup> ou du recours à l'*amicus curiae*. Le juge doit pouvoir éclairer sa conviction à l'aide de sachants qui, encore une fois, n'ont pas vocation à s'instituer calife à la place du calife. Seuls sont soumis à l'expert les éléments de faits contribuant à la compréhension de l'espèce et, donc, à la construction décisionnelle. Cette dernière assertion peut néanmoins être relativisée car pour le juge, l'avis expertal peut constituer une contrainte *de facto*. Le juge n'est certes pas lié juridiquement par la conclusion expertale, mais il est lié par sa propre méconnaissance. Aura-t-il les ressources intellectuelles pour contester l'exposé d'une vérité dont il ignore les

---

<sup>76</sup> Cf. *infra* P.-Y. QUIVIGER, « Rendre raison d'une norme juridique : légitimer, habilitier, expliquer ».

<sup>77</sup> P. JOUETTE, *La détermination des peines en droit pénal*, Paris, Mare et Martin, 2021, n° 393, à paraître.

<sup>78</sup> J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le Code civil*, *op. cit.*, p. 17 : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ».

<sup>79</sup> Cette proposition mérite toutefois d'être relativisée, notamment dans un contexte où le mode de désignation des juges est électif.

<sup>80</sup> Cf. Code de procédure civile, art. 263 à 284-1 ; Code de procédure pénale, art. 156 *sqq.*

causes et les raisons ? Les discours de sciences jouent un rôle crucial de légitimation de la décision judiciaire, à la manière des « épreuves judiciaires », comme les ordalies.

Reste que la juridiction saisie d'un litige doit ensuite délibérer, que ce soit un juge unique ou d'une formation collégiale, et que cette délibération ne dispense pas le juge de son devoir de motivation. Dans certains cas, l'exigence de motivation peut se montrer relativement faible ; on pense à « l'intime conviction<sup>81</sup> » du juge répressif, mais aussi au jury populaire. Les décisions de cours d'assises tirent moins leur légitimité de la démonstration juridique que de l'expression de la volonté populaire<sup>82</sup>. Nous relèverons que le choix du peuple bénéficie d'une présomption de légitimité, ce choix eût-il été discutable sur le fond. Pour autant, depuis la réforme opérée par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, les décisions de cours d'assises doivent être motivées<sup>83</sup>. Assurément, le principe est bien que le juge civil comme pénal doit s'acquitter de son devoir de motivation suffisante, sous peine de voir sa décision exposée à la censure des juridictions supérieures. La motivation du jugement participe aux exigences du procès équitable : elle est un élément de barrage contre l'arbitraire du juge et constitue à ce titre un droit fondamental protégé par l'article 6 de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme<sup>84</sup>. En matière pénale, l'enjeu est considérable et la doctrine s'est récemment questionnée sur les fondements et le processus de légitimation dans la détermination des peines, notamment en droit international, qui pose, au surplus, le problème de son adéquation aux conceptions des modes de répression selon les lieux et les cultures<sup>85</sup>.

De plus, même si la loi est laconique, l'épreuve de motivation obligera le juge à interpréter la norme afin de justifier de sa bonne application, ne pouvant refuser de statuer sauf à commettre un déni de justice<sup>86</sup>. Elle se transforme alors en épreuve téléologique par laquelle seront précisément recherchés les motifs de la loi pour en déduire les motifs du jugement. Dans cette épreuve, le juge compte certes sur lui-même, mais c'est à cette étape qu'intervient utilement l'aide de la *doctrine*.

## 19. La doctrine

La doctrine participe effectivement au processus de légitimation des normes, législatives et jurisprudentielles, dans la mesure où elle est censée œuvrer à leur clarification au travers de l'étude rigoureuse qui en est faite. Elle s'impose parfois comme une force critique aussi éclairante qu'influente, au point qu'un magistrat a pu qualifier l'une ou l'autre revue juridique de « véritable instance superégotique

<sup>81</sup> *Ibid.*, art. 428 du Code de procédure pénale.

<sup>82</sup> *Ibid.*, art. 353 : « Avez-vous une intime conviction ? ».

<sup>83</sup> F. SAINT-PIERRE, « Pourquoi la motivation des verdicts de cours d'assises est une garantie de meilleure justice », *Les Cahiers de la Justice*, n° 2, 2014, p. 169-174 ; L. MILANO, « La motivation des arrêts de cours d'assises », *chron.* n° 7, *RDLF*, 2013.

<sup>84</sup> Cf. notamment A. BOLZE, « Motivation des jugements et impartialité du juge », *obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>*, 19 déc. 2018, n° 17-22.056, *Dalloz Actualité*, 28 janvier 2019.

<sup>85</sup> Cf. P. JOUETTE, *La détermination des peines en droit pénal*, *op. cit.*, en part. nos 71, 99, 210 *sqq.* (notamment sur les rapports entre légalité et légitimité), 213 *sqq.*, 393 *sqq.*

<sup>86</sup> Art. 434-7-1 du Code de procédure pénale.



des juridictions civiles<sup>87</sup> » faisant trembler les magistrats dont les jugements sont soumis à réprobation doctrinale. Elle fournit des leviers de légitimation, tant sur le plan théorique que rhétorique, pour les plaideurs qui, au travers du travail argumentatif construit par leurs avocats, nourrissent de leurs thèses les éléments qui pèseront dans la délibération. À ce titre, l'apport des praticiens du droit est important. D'une part, l'offre argumentative met à disposition des juges les moyens de réévaluer les applications jurisprudentielles de la norme. D'autre part, l'obstination des plaideurs impose régulièrement au juge cette réévaluation. Cette action double va jusqu'à provoquer parfois un effet de délégitimation des normes réévaluées. Il n'est pas rare que la Haute Juridiction remette en cause, dans ses rapports, la construction de certaines normes et soit à ce titre une force de proposition réformatrice. Néanmoins, nous ne développerons pas le phénomène de « la rébellion des juges », autrement dit les décisions *contra legem* – si l'on admet qu'il s'agit plutôt pour celles-ci d'éprouver la norme *a posteriori* par le truchement du jugement.

Les juridictions peuvent aussi adopter une démarche réflexive sur la légitimation de la norme jurisprudentielle. La Cour de cassation a développé, en concertation avec la doctrine<sup>88</sup>, son propre courant introspectif au sein d'une auto-réforme portant notamment sur la motivation et la rédaction de ses décisions. Dans cet exercice de rénovation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, la technique de rédaction des jugements a été repensée en style direct, si bien que la modernisation du langage motivationnel est facteur de légitimation : *je pense légitimer en expliquant mieux*. Un magistrat de la Cour de cassation explique que « la finalité poursuivie est, en chaque occurrence, de parvenir à un arrêt qui, même complexe, doit se suffire à lui-même, de mieux affirmer sa force persuasive, de faire davantage apparaître les raisons qui ont déterminé une solution<sup>89</sup> ». C'est un argument pédagogique qui est mis en valeur par la réforme, l'idée étant que les normes stylistiques participent à la légitimation des normes juridiques. Autrement dit, les manières d'énoncer le discours améliorent l'étape de motivation et, ce faisant, favorisent le processus de légitimation de la norme aux yeux de son adressataire.

## 20. Et les philosophes ?

On pourrait s'interroger enfin sur la place du philosophe, dont l'expertise est sans aucun doute éclipsée par la prépondérance des sciences dites « dures ». Dans le domaine éthique, sur les questions de société, les travaux philosophiques sont une ressource précieuse d'élaboration et d'évaluation des projets normatifs – comment, par exemple, délibérer sur la *dignité* sans éclairage philosophique ? On pense notamment à Abdenour Bidar, Cynthia Fleury et Frédéric Worms, membres du CCNE. L'expertise philosophique participe aussi aux processus de légitimation de la norme en réflexion. Il en est ainsi des travaux de Corinne Pelluchon, qui rappelle

---

<sup>87</sup> P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 199.

<sup>88</sup> P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2022 ; L. CADIET, « Introduction », *JCP éd. G, Supplément au n°s 1-2, Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation. Actes de la Conférence-débat*, 24 novembre 2015, 11 janvier 2016, p. 10-15.

<sup>89</sup> B. PIREYRE, « L'arbre qui cachait la forêt », *JCP éd. G*, 24 juin 2019, n° 24, p. 656.

que le bien-être animal ne doit pas être « réduit à un concept scientifique », intégrés, après audition, à un avis du Conseil Économique et Social<sup>90</sup> relatif aux enjeux des conditions d'élevage, de transport et d'abattage en matière de bien-être animal<sup>91</sup>. Généralisons l'enseignement tiré de cette audition : *les enjeux de société ne peuvent être réduits aux concepts scientifiques*. La légitimité de la norme, tant dans ses aspects juridiques que sociaux, dépend de plus en plus d'une hyperspécialisation. L'hyper-technicisation des connaissances du juriste conduit à restreindre son champ de vision. Au premier quart du XXI<sup>e</sup> siècle, l'élaboration de la norme fait face à des défis ardu, qu'il s'agisse des questions touchant à l'intelligence artificielle, à la brevetabilité du vivant, aux droits de l'homme, etc. Or, c'est précisément parce que nous n'avons jamais eu autant besoin des hyper-spécialistes que, corrélativement, nous n'aurons jamais autant besoin de la philosophie pour éclairer, non pas la marche de chacune des disciplines, mais, transcendant les préoccupations enclavées de chaque science, celle de la société.

## CONCLUSION

### 21. Conclusion

Nous avons fait le choix de renoncer à aborder de manière frontale la question de la détermination de la légitimité elle-même, pour préférer, dans une approche réaliste, observer le rapport entre normes juridiques et légitimité par le prisme du concept d'épreuve de légitimité. Nous avons alors voulu mettre en valeur la façon dont se construit l'épreuve légitimatrice, au sein de processus de légitimation, et relever qu'elle s'élabore à l'aide de normes légitimatrices plurielles *ad hoc*. On a souligné que selon le moment de survenance de l'épreuve de légitimité, il était possible de décrire différemment les processus de légitimation. Ainsi, ont été mis au jour la présence d'une épreuve légitimatrice *a posteriori* et d'une épreuve légitimatrice *a priori*.

### 22. *A posteriori*

Il en ressort que l'épreuve légitimatrice *a posteriori* décrit un processus de légitimation quelque peu différent de celui opéré par l'épreuve *a priori*. L'épreuve *a posteriori* s'attache à contester, réévaluer et contextualiser la norme éprouvée. Contestation, réévaluation et contextualisation peuvent aussi bien être l'œuvre du législateur, du juge que du sujet de droit. L'épreuve légitimatrice est une épreuve collectivement partagée, *via* des procédés formalisés par le droit positif ou des phénomènes sociaux. De plus, la norme éprouvée n'est pas nécessairement la norme légale, il peut s'agir également, par exemple, de la coutume. Les normes légitimatrices elles-mêmes varient selon les conceptions du droit, ses présupposés et les motifs de contestation. C'est pourquoi l'épreuve légitimatrice utilise des normes *ad hoc*.

<sup>90</sup> 27 novembre 2019 (section de l'agriculture, de la pêche et de l'alimentation).

<sup>91</sup> En particulier p. 9, 15, 22, 53 [[https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2019/2019\\_29\\_bienetre\\_animal.pdf](https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2019/2019_29_bienetre_animal.pdf)].



### 23. *A priori*

L'épreuve légitimatrice intervient également en amont de la naissance de la norme. Elle participe alors *a priori* au projet normatif dans le but de le fonder. L'illustration offerte par le processus législatif a permis de mettre en lumière un processus légitimateur basé sur trois étapes de légitimation : expertiser, délibérer et motiver. Ce nouveau triptyque se justifie par le besoin de rationalisation de la norme en cours d'élaboration, notamment dans un environnement en proie à la complexification du droit, ainsi que des faits et rapports sociaux. L'épreuve expertale permettra d'éclairer le processus décisionnel, sans pour autant se substituer à l'arbitrage qui revient à l'autorité investie du pouvoir de dire la norme. Si elle ne s'y substitue pas, elle nourrit en revanche les étapes de délibération et de motivation de la norme, lesquelles sont décisives dans un référentiel démocratique. L'épreuve de légitimité peut être théorique ou rhétorique, reposant sur l'utilisation d'arguments de légitimation de sources variées, susceptibles de recourir à toutes les références et techniques permettant d'examiner largement et librement la norme éprouvée. Le juge et la doctrine sont pleinement concernés par les épreuves ainsi décrites.

### 24. Garantir et renverser

Chacun des processus rappelle à sa manière les termes de l'épigraphie ouvrant la présente contribution. Le principe de la légitimité est une des principales garanties du repos et de la stabilité des institutions, même s'il est bon de savoir que cette tranquillité sera au besoin renversée. L'épreuve de légitimité remplit donc une double fonction ambivalente : garantir *a priori* le bien-fondé de la norme comme renverser *a posteriori* une norme contestée. Il existe une concurrence normative entre les épreuves légitimatrices *ad hoc*, exposant alternativement la norme à des effets de légitimation ou de délégitimation. Il en ressort que, dans un mouvement de balancier, si l'épreuve de légitimité est un gage de conservation de l'ordre établi, elle s'assure simultanément de ne pas laisser trop de repos aux empires...

**Hania Kassoul**

Université de Poitiers, Maîtresse de conférences en droit privé et sciences criminelles, Équipe de Recherche en Droit Privé (EA 1230).



## Normativité et légitimité du droit du travail

### Une approche de philosophie sociale

Ce texte propose de contribuer à l'introduction du problème des rapports entre normativité et légitimité en examinant un objet spécifique : le droit du travail. Il s'agit plus précisément d'examiner les normes du droit du travail en France, et leurs dynamiques de légitimation, du point de vue de la philosophie sociale<sup>1</sup>. Cette méthode de philosophie politique commence par *examiner des recherches empiriques* dans le domaine des sciences humaines et sociales (ici la théorie juridique, l'histoire, la sociologie du droit du travail) pour ensuite effectuer un travail *épistémologique* de clarification des concepts et normes immanents au droit du travail (et à son explication) ; puis un travail *critique* d'évaluation, d'une part des divers discours normatifs qui en jugent les évolutions récentes ou prescrivent des transformations souhaitables pour son avenir, et d'autre part des institutions qui prétendent réaliser ces normes ; enfin un travail *reconstructif* consistant à examiner les normes immanentes des pratiques de transformation sociale pour faire émerger des propositions de transformation institutionnelle. En même temps que des réflexions sur les processus de justification – en théorie et en pratique – de la normativité et de la légitimité du droit, il s'agit donc ici de présenter une démarche de philosophie sociale du droit<sup>2</sup> centrée sur le droit du travail, en forme de bilan d'étapes de recherches relevant de la philosophie sociale du travail et de la philosophie sociale du droit<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir F. FISCHBACH, *Manifeste pour une philosophie sociale*, Paris, La Découverte, 2009. Pour une formulation plus développée de la définition présentée ici, voir A. CUKIER, « Travail et démocratie : la philosophie sociale comme méthode, entre Théorie critique et pragmatisme », in M. BESSONE (dir.), *Méthodes en philosophie politique*, Rennes, PUR, 2018.

<sup>2</sup> On peut la décrire comme une application de la méthode de la philosophie sociale à la philosophie du droit, impliquant donc de considérer les normes juridiques non comme des principes transcendants ou donnés mais comme le résultat de pratiques et processus socio-historiques. À cet égard, voir par exemple les travaux de l'Association suisse pour la philosophie du droit et la philosophie sociale, notamment A. TSCHENTSCHER *et al.* (dir.), *Soziale Gerechtigkeit heute. Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 7. Juni 2013, Universität Bern*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag (*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 141), 2015.

<sup>3</sup> Les arguments ci-dessous prolongent, résument ou reprennent certaines de mes recherches récentes, présentées notamment dans A. CUKIER, *Le travail démocratique*, Paris, PUF, 2018 et A. CUKIER, « Marx et le droit du travail : Contradictions, postérité et actualité », *Droit & Philosophie*, n° 10, *Marx et le droit*, 2018. Ils s'appuient également sur le travail collectif présenté dans V. BOURDEAU, A. CUKIER et L. PALTRINIERI (dir.), *Les normes du droit du travail*, Paris, L'Harmattan (*L'Homme et la Société*, n° 212), 2021.

On propose de procéder ici en trois temps (qui ne correspondent pas directement au parcours des étapes précédemment mentionnées, mais les relient aux parties de ce dossier – penser la norme, justifier la norme, ordonner la norme) : un bref cadrage conceptuel au sujet des *normes du travail* ; un examen plus développé des problèmes épistémologiques liés à l'analyse des *normes du droit du travail* (principalement en France, mais en posant la perspective d'une saisie comparative au niveau européen) ; puis quelques arguments critiques et reconstructifs au sujet des rapports entre *normativité et légitimité du droit du travail*.

## I. LES NORMES DU TRAVAIL

En philosophie, on entend le terme de norme tantôt au sens large (et le plus courant) des discours et procédures qui règlent un objet ou un domaine d'activité, tantôt au sens plus restreint (et plus technique) d'un type de règle caractérisé par sa dimension tacite et incitative<sup>4</sup>. Ainsi, les normes du travail seront ici considérées soit comme l'ensemble des *prescriptions explicites* qui portent sur le travail, soit comme un *régime de normativité implicite* contribuant à définir l'extension même de la catégorie de travail (et donc qui est « un travailleur »). Une autre distinction importe également : les normes du travail peuvent être examinées sous un double aspect, celui des différents régimes de normativité qui régissent l'activité du travail et celui des incidences normatives des formes contemporaines du procès, de l'organisation et de la division du travail pour d'autres domaines de la vie sociale<sup>5</sup>. Dans une perspective propédeutique, on s'en tiendra ici à deux questions, celle du point de vue de l'examen des normes ici proposé, et celle des différents régimes de normativité régissant le travail.

### A. Quel point de vue sur les normes du travail ?

Qu'on les comprenne au sens large ou au sens restreint, les normes du travail sont toujours historiquement et socialement situées – ce qui implique entre autres choses que leurs analyses le soient également, et qu'il en soit rendu compte. Le point de vue ici adopté (et qui correspond à la méthode de la philosophie sociale) consiste à s'inscrire au sein des débats politiques du présent – qui ont suscité ces dernières années, dans le domaine des sciences humaines et sociales du travail, un nombre important de publications au sujet, notamment, des pathologies liées aux

---

<sup>4</sup> C'est par exemple l'usage, issu de Foucault, examiné avec précision par Pierre Macherey dans son ouvrage *Le sujet des normes*, Paris, Amsterdam, 2014. Pour l'auteur, « si nul n'est censé ignorer la loi, qui s'impose par la crainte comme une forme extérieure dont les contours ne prêtent à aucune ambiguïté, du moins en principe, nul n'a besoin de connaître les normes pour avoir à se situer dans le champ qu'elles informent de manière insidieuse, de telle manière que leur pouvoir ou leur autorité se trouvent complètement intégrés à l'organisation de ce champ » (p. 15). Cette distinction s'appuie sur une définition restrictive des normes : « Les normes, dans la mesure où elles ont affaire à du virtuel, à du tendanciel, n'obligent pas : elles sollicitent, elles proposent, elles incitent, elles prévoient, elles planifient, ce qui se traduit par le fait qu'elles lancent une demande et qu'elles définissent un programme à remplir qui, simultanément, délivre les critères de la reconnaissance, c'est-à-dire de la disposition à être « conforme », en occupant la place ) laquelle on est destiné, en tant que « toujours-déjà-sujet », à l'intérieur du champ où leur action se déploie. » (*Ibid.*, p. 14).

<sup>5</sup> À ce sujet, voir A. CUKIER, *Qu'est-ce que le travail ?*, Paris, Vrin, 2018.

nouvelles formes d'organisation du travail, des « nouvelles frontières du travail » (liées notamment aux nouvelles pratiques économiques sur les plateformes en ligne ou à l'auto-entrepreneuriat), de la « responsabilité sociale des entreprises » et de la refonte juridique de l'entreprise, ainsi que des questions plus générales liées à la critique du néolibéralisme du point de vue de l'objectif de la citoyenneté au travail ou des attentes des travailleurs et des citoyens à l'égard du travail<sup>6</sup>. C'est dans ce cadre qu'il faut placer le débat spécifique sur les normes du droit du travail<sup>7</sup> et de ses réformes récentes<sup>8</sup> : celui des conséquences de la financiarisation de l'économie et des entreprises, que les réformes récentes visent explicitement à accompagner, et implicitement à renforcer et instituer. Ce n'est que dans ce cadre qu'on peut comprendre, par exemple que, comme le résume Emmanuel Dockès à propos des évolutions de la législation du travail en France entre 2016 et 2020, « Le législateur s'attaque donc désormais “en même temps” aux dernières protections substantielles du droit du travail et aux éléments de démocratie ou de contre-pouvoir dans l'entreprise » (voir *infra*. III.A). Mais alors, pour saisir les évolutions des normes du droit du travail, il faut examiner préalablement les autres normes dont dépendent le travail.

## B. Quatre régimes de normativité du travail

On peut distinguer quatre régimes de normativité qui concernent directement le travail, et contribuent à en définir le concept et à en déterminer la réalité : la *normativité économique*, qui l'aborde comme un échange de biens et de services soumis à des contrats spécifiques<sup>10</sup> ; la *normativité pratique*, qui consiste en l'ensemble des règles hiérarchiques, déontiques et de métier, implicites ou explicites, qui régulent la coordination et la coopération dans l'entreprise<sup>11</sup> ; la *normativité sociale*, qui concerne les attentes normatives des travailleurs et des citoyens à l'égard des fonctions sociales de leur activité<sup>12</sup> ; et la *normativité juridique*, qui le considère comme l'activité subordonnée d'un travailleur, lui donnant droit à des protections dans l'entreprise (droit du travail) et dans l'ensemble des domaines de sa vie (droit de la protection sociale)<sup>13</sup>.

---

<sup>6</sup> Pour une discussion de cette littérature, voir l'introduction et les deux premiers chapitres de A. CUKIER, *Le travail démocratique*, *op. cit.*

<sup>7</sup> Voir notamment A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2015.

<sup>8</sup> Voir notamment le dossier « La réforme du Code du Travail », *Revue de Droit du Travail*, octobre 2017.

<sup>9</sup> « Passé, présent et désir de démocratie dans l'entreprise. Entretien avec Emmanuel Dockès réalisé par V. Bourdeau et A. Cukier », in V. BOURDEAU, A. CUKIER et L. PALTRINIERI (dir.), *Les normes du droit du travail*, *op. cit.*

<sup>10</sup> Voir B. TINEL, « L'analyse économique du travail et de l'emploi : sortir de l'inversion », in A. CUKIER et E. RENAULT (dir.), Dossier « Enjeux politiques du travail », *Travailler*, n° 36, 2016.

<sup>11</sup> Voir Y. SCHWARTZ, *Expérience et connaissance du travail*, Paris, Les éditions sociales, 2012.

<sup>12</sup> Voir I. FERRERAS, *Critique politique du travail. Travailler à l'heure de la société des services*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007.

<sup>13</sup> Voir C. WOLMARK, « Le travail, absent du droit du travail ? », in A. CUKIER et E. RENAULT (dir.), Dossier « Enjeux politiques du travail », *op. cit.* Au sujet de l'élaboration des normes du droit du travail depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en France, voir L. WILLEMEZ, *Le travail dans son droit. Sociologie historique du droit du travail en France, 1892–2017*, Paris, LGDJ, 2017 et Cl. DIDRY, *L'institution du travail. Droit et salariat dans l'histoire*, Paris, La Dispute, 2016.

Ces régimes de normativité sont le plus souvent divergents, comme c'est le cas dans l'entreprise « modernisée » selon les principes de l'organisation néo-managériale du travail, dans la mesure où s'y développe souvent une contradiction entre d'une part les normes économiques de la gestion ou les « normes de qualité totale » (de type ISO)<sup>14</sup>, le plus souvent défendues par le *top management*, et d'autre part des normes pratiques de la coopération, le plus souvent défendues par les travailleurs subalternes. Mais ils peuvent être également convergents, comme c'est le cas par exemple des normes pratiques de l'activité et de certaines notions juridiques telles que la « communauté de travail<sup>15</sup> », qui s'appuie sur la recherche de « la réalité économique et sociale, sinon sociologique, de cette communauté de travail<sup>16</sup> » et reconnaît l'existence de normes juridiques liées à l'effectuation d'une activité en commun.

## II. LES NORMES DU DROIT DU TRAVAIL

Quelles sont les normes fondamentales qui régissent la législation du travail ? Et comment interpréter les conflits normatifs entre les concepts tels que la subordination, la dépendance économique, la solidarité, la protection des salariés, de la négociation collective, mais aussi la compétitivité, les risques et la réussite économiques ainsi que la « flexibilité » tels qu'ils sous-tendent ou sont explicitement mis en jeu dans le droit du travail (et dans le droit de la protection sociale) ? On s'en tiendra ici à quelques remarques épistémologiques, concernant les normes du travail en France, puis dans une perspective européenne.

### A. Les normes du droit du travail en France : définitions, histoire et problèmes

Envisageons les normes juridiques du travail en France. Rares sont les analyses sociologiques<sup>17</sup> et juridiques<sup>18</sup>, qui ont examiné rigoureusement la causalité réciproque entre les évolutions des normes du droit du travail et les transformations des autres normes du travail aujourd'hui<sup>19</sup>. On défendra ici l'idée que, contrairement à la vision la plus courante des normes du droit du travail en France, ces

---

<sup>14</sup> Ces normes sont établies par l'*International Standard Organization* (créée en 1947), et concernent non pas le produit mais les procédures de travail. Voir sur le site de l'ISO [<http://www.iso.org/iso/fr>].

<sup>15</sup> Voir A. LYON-CAEN, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *Revue de Droit du travail*, 2007, p. 84-88 ; et au sujet de la conception « communautaire » de l'entreprise, A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 177 sq.

<sup>16</sup> P. SARGOS, « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », in *La vérité. Rapport annuel 2004 de la cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 97.

<sup>17</sup> Au sujet de la sociologie, voir le constat convergent de Laurent Willemez dans *Le travail dans son droit*, op. cit., p. 6.

<sup>18</sup> Voir C. WOLMARK, « Le travail, absent du droit du travail ? », art. cité.

<sup>19</sup> Voir cependant par exemple, du point de vue des rapports entre normes juridique et pratique du travail, N. CHAIGNOT DELAGE et C. DEJOURS (dir.), *Clinique du travail et évolutions du droit*, Paris, PUF, 2017.

dernières n'ont pas été conçues principalement comme une limitation de l'application des normes économiques du travail dans le capitalisme, mais plutôt comme une protection des normes pratiques des travailleurs. Autrement dit : ce n'est pas prioritairement l'exploitation mais l'aliénation des travailleurs que l'élaboration des normes du droit du travail depuis le XIX<sup>e</sup> siècle vise à limiter<sup>20</sup>.

On peut partir d'un examen critique des analyses d'Alain Supiot dans *Critique du droit du travail*. La logique du droit du travail français s'appuie, selon l'auteur, sur la disqualification de deux conceptions extrêmes du travail : celle qui le considère comme un bien, une chose négociable et aliénable, et celle qui le considère comme un élément indissociable de la personne<sup>21</sup>. Dans son argumentation, Supiot insiste ainsi sur l'importance des revendications concernant le statut juridique du corps du travailleur dans la relation de travail, qui permet de sortir progressivement d'une définition patrimoniale du travail comme louage de service. C'est pourquoi « le lieu de conception du droit du travail<sup>22</sup> » réside selon lui dans l'antinomie qui oppose les exigences respectives du contrat de travail et de l'intégrité physique du travailleur<sup>23</sup>. Autrement dit, selon Supiot, le droit du travail a été construit d'abord comme une protection contre l'aliénation, au sens de l'instrumentalisation du corps des travailleurs.

Cependant, comme le montre le sociologue Claude Didry dans *L'institution du travail*, il convient de remettre en cause l'idée selon laquelle le rapport salarial aurait opposé, dès l'époque de l'émergence du droit du travail en France, deux groupes nettement distincts, la classe ouvrière et celle des patrons :

[L]a césure entre ouvriers et patrons se trouve également ébranlée par le constat d'un marchandage généralisé, c'est-à-dire une forme de sous-traitance en cascade dans laquelle des ouvriers engagent d'autres ouvriers, en associant également des membres de leur famille à la réalisation d'un ouvrage ou de pièces commandés par un négociant ou directeur d'usine<sup>24</sup>.

La mise en lumière de cette « entr'exploitation ouvrière » au moment de l'émergence du droit du travail permet d'en saisir autrement la portée : ce n'est pas d'abord la subordination juridique qui constitue un progrès dans le Code du travail mais fondamentalement le fait que « le contrat de travail institue le travail comme activité spécifique d'un individu – le salarié lié à un employeur – qui entre ainsi dans la collectivité de ceux qui sont liés au même employeur » et donc engage en principe la « responsabilité du chef d'entreprise à l'égard de ses salariés découvrant,

---

<sup>20</sup> Pour une démonstration plus développée, voir A. CUKIER, « Exploitation, marxisme et droit du travail », *Contretemps*, 13 octobre 2016 [<https://www.contretemps.eu/exploitation-marxisme-droit-travail/>].

<sup>21</sup> Voir A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 40 sq.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>23</sup> L'auteur propose ainsi d'« affronter l'antinomie fondamentale entre le postulat contractuel, dont il faut bien prendre acte, puisque la relation de travail y demeure soumise en droit positif, et le postulat de la non-patrimonialité du corps humain, dont il faut assurer le respect ». Et c'est ce qui explique aussi, « dans l'ordre juridique, l'apparition du droit du travail du travail, dont la première raison d'être fut précisément la protection des enfants contre l'emprise physique qui résultait du louage de leurs services » (*ibid.*, p. 66).

<sup>24</sup> CL. DIDRY, *L'institution du travail*, op. cit., p. 11.

par le travail, *leur* entreprise<sup>25</sup> ». En ce sens, le droit du travail vise à limiter l'aliénation en un deuxième sens, celui de la dépossession des travailleurs de la maîtrise de leur activité dans l'entreprise<sup>26</sup>.

Dans cette perspective, selon laquelle – pour reprendre les termes de Nicos Poulantzas dans sa thèse *Nature des choses et droit* – les droits des travailleurs constituent une forme de « protection particulière de l'activité pratique par excellence de l'homme, le travail<sup>27</sup> », le problème des rapports entre les normes juridiques et les normes économiques, mais aussi les normes pratiques et sociales et sociale du travail, peut être formulé de nouvelle manière, qui donne une priorité normative à l'analyse du travail réel (ou de ce qu'on appelle plus techniquement en philosophie le « travail vivant<sup>28</sup> »). Plus encore, s'il est donc vrai que le droit du travail en France s'est construit aussi comme une limitation de la dépossession des travailleurs de la maîtrise de leur activité, alors l'une des questions politiques majeures en ce qui concerne le droit du travail dans les sociétés démocratiques aujourd'hui est celle des voies que pourrait prendre la transition juridique du principe de la limitation de l'aliénation vers celui de la citoyenneté au travail<sup>29</sup>.

On voit ici que la controverse épistémologique, de même que ses implications politiques, dépend fondamentalement de conceptions différentes, voire contradictoires, de l'histoire de l'émergence du droit du travail. Le travail de l'historienne Claire Lemerrier sur les conseils de prud'hommes au XIX<sup>e</sup> siècle est ici éclairant, pour déconstruire l'image de relations de travail tout à fait dérégulées avant l'apparition du droit du travail à proprement parler. Ainsi, il existe bien au XIX<sup>e</sup> siècle en France une sphère de négociations et de régulations au sujet du travail, qui peut conduire à la condamnation des patrons voire être préfigurateur d'un « droit ouvrier ». Le développement autour des années 1880 du « contrat de travail salarial » est ainsi lié à la réorganisation du travail en cours mais aussi, en large partie selon l'auteure, à une « transformation déterminante, qui a lieu en amont de celle de l'organisation du travail et du droit : celle des mobilisations collectives ouvrières<sup>30</sup> ». Mais il s'agit aussi de déterminer de qui il s'agit de faire l'histoire, ou encore de pluraliser l'histoire de l'émergence du droit du travail, en prenant en compte l'ensemble de la réalité du travail aujourd'hui comme autrefois, et notam-

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>26</sup> C'est de ce point de vue qu'il faut comprendre, soutient Didry, que « les réformes récentes visent moins une flexibilité de l'emploi qu'un renforcement du pouvoir de l'employeur sur l'organisation du travail et de la négociation collective en privilégiant pour cela le niveau de l'entreprise sur celui de la branche » (Cl. DIDRY, « Le travail (dé)construit par le droit ? Du travail normatif à la normativité du travail », in V. BOURDEAU, A. CUKIER et L. PALTRINIERI, *Les normes du droit du travail*, op. cit., p. 3).

<sup>27</sup> N. POULANTZAS, *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Paris, LGDJ, 1965, p. 138.

<sup>28</sup> Voir. A. CUKIER (dir.), *Travail vivant et théorie critique. Affects, pouvoir et critique du travail*, Paris, PUF, 2017.

<sup>29</sup> Voir à ce sujet la conclusion de B. TRENTIN, *La Cité du travail. Le fordisme et la gauche*, Paris, Fayard, 2012, notamment p. 434-435.

<sup>30</sup> C. LEMERCIER, « Le rapport de travail en France au XIX<sup>e</sup> siècle : un rapport marchand ? », in V. BOURDEAU, A. CUKIER et L. PALTRINIERI (dir.), *Les normes du droit du travail*, op. cit., p. 10.



ment celle des domestiques, travailleuses et travailleurs à domiciles, ouvrières, ouvriers et immigrés<sup>31</sup> – qui ne sont pas véritablement prises en compte, par exemple, dans l’histoire sociale implicite au fondement de *Critique du droit du travail*.

## B. Les normes du droit du travail en Europe : éléments pour une perspective comparative

Pour mener un travail de comparaison entre les normes du droit du travail en Europe, la méthode de la philosophie sociale prescrit, en guise de préalable, d’adjoindre à leur étude juridique l’analyse du cadre institutionnel que constitue l’Union européenne ainsi que des principales différences socio-économiques entre les pays membres<sup>32</sup>, puis de mener une analyse épistémologique des différents fondements normatifs et une analyse critique des discours au sujet de leurs évolutions. Il ne saurait être question ici ne serait-ce que d’esquisser cette étude, mais on s’en tiendra à quelques remarques, d’ordre programmatique, au sujet, de la partie épistémologique et critique d’une telle perspective comparative, en considérant plus particulièrement les sources théoriques et des contextes socio-historiques des normes du droit du travail dans deux pays : la France et l’Allemagne<sup>33</sup>.

En ce qui concerne la partie épistémologique, une première approche doit consister bien entendu d’abord, d’une part dans l’analyse des législations du travail de chacun des vingt-huit États-membres, en examinant notamment les différences de normes explicites et de régimes de normativité implicites concernant, par exemple, les formes du contrat de travail, de la protection des travailleurs, de la participation de leurs représentants ou des syndicats à la gouvernance de l’entreprise et à la négociation collective, de la hiérarchie entre les sources d’élaboration normative aux niveaux de l’entreprise, de la branche (et des convention collective) et de la législation nationale ainsi que de la jurisprudence<sup>34</sup>. Et d’autre part, au sujet des réglementations européennes concernant les droits des travailleurs et des employeurs au sein de l’Union européenne, il convient d’examiner les élaborations normatives dans les textes de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne ainsi que de la Charte sociale européenne, mais aussi dans les discours et

---

<sup>31</sup> « Si l’on réfléchit aux évolutions actuelles du droit et du travail, il est toutefois également important de ne pas oublier cette majorité de la main-d’œuvre du passé. En effet, de la même manière, les domestiques et les travailleur·euse·s à domicile, les ouvrières ainsi que les ouvrier·ère·s immigré·e·s ou considéré·e·s comme non qualifié·e·s ont ensuite été longtemps exclu·e·s ou laissé·e·s à la marge du compromis salarial et du nouveau droit du travail (le bénéficiaire du statut du mineur ayant remplacé le canut comme idéal-type). Des mobilisations improbables venues de ces marges sont pourtant eu lieu, tant dans les années 1900 (c’est pour cela que l’on se souvient de Lucie Baud) que dans les années 1968. Elles ont contribué aux changements d’organisation et de régime juridique du travail qui ont suivi ; mais, jusqu’ici, elles n’ont pas conduit à repenser les rapports de travail pour les rééquilibrer véritablement en faveur de ces catégories (ni même à revaloriser durablement leur place parmi les objets des sciences sociales) » (*Ibid.*, p. 18-19.).

<sup>32</sup> Dans la perspective des débats politiques récents, voir les analyses dans B. BÜRBAUMER, A. CUKIER et M. ROSATO (dir.), *Europe, alternatives démocratiques*, Paris, La Dispute, 2019.

<sup>33</sup> Pour une approche comparative plus classique dans le domaine de la philosophie du droit en France et en Allemagne, voir R. LEGAIS et G. PLANTY-BONJOUR (dir.), *L’évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale*, Paris, PUF, 1991.

<sup>34</sup> On ne peut ici que renvoyer aux travaux publiés notamment dans la *Revue européenne de droit social* (créée en 2007) et la *Revue européenne de droit* (créée en 2020).

pratiques du Comité européen des droits sociaux (chargé de mettre en œuvre la Charte Sociale européenne), du Centre européen d'expertise dans les domaines du droit du travail, de l'emploi et des politiques du marché du travail (créé en 2016), ainsi que dans les arrêtés remarquables de la Cour de Justice de l'Union Européenne et les textes d'orientation au sujet du droit du travail de la Commission Européenne<sup>35</sup> (voir *infra* III.B).

Cependant, il faut aussi prendre en compte la manière dont les théories philosophiques, sociologiques et juridiques ont influencé les législations du travail respectives, en contribuant à formuler leurs fondements normatifs. Envisageons les exemples de la France et de l'Allemagne. À cet égard, il faut rappeler qu'en Allemagne, s'il existe comme en France plusieurs sources de l'élaboration juridique du droit du travail (la législation fédérale, les conventions collectives, les conventions d'entreprise et la jurisprudence), il n'existe pas de Code du travail à proprement parler : les normes de travail minimales sont établies dans des lois spécifiques portant sur différentes questions, qui peuvent être complétées par des ordonnances gouvernementales. Une autre différence remarquable est la présence dans la législation du travail allemande de la norme de la « co-gestion » (*Mitbestimmung*), principe de la démocratie allemande selon lequel tous ceux et toutes celles qui sont concernés par une décision doivent pouvoir y prendre part. La *Mitbestimmung* se décline d'une part dans la « co-gestion d'établissement » au niveau de chaque unité de production, qui prévoit la représentation des salariés au sein d'un conseil d'établissement qui dispose de droits de décision sur les questions dites sociales (par exemple les conditions de travail) ; et la « co-gestion d'entreprise », qui prévoit la représentation de salariés au sein d'un conseil de surveillance, dont la principale fonction est de valider les décisions du directoire (l'équivalent du comité de direction dans les SARL en France) concernant les questions de gouvernance et certaines questions économiques. En ce qui concerne ce types de différences, une perspective comparative doit donc comparer les sources théoriques distinctes des constructions législatives en France (par exemple le courant du solidarisme républicain, initié par Léon Bourgeois, mais développé de manière décisive par le philosophe et sociologue Célestin Bouglé<sup>36</sup>, et dont l'un des membres, le juriste Paul Pic, est l'auteur d'un des premiers traités de droit du travail en France<sup>37</sup>) et en Allemagne (en étudiant notamment les théories de la « *Wirtschaftsdemokratie* » à l'origine de la co-gestion, en particulier chez Fritz Naphtali<sup>38</sup>). Ces préalables sont par exemple nécessaires pour questionner et comparer les ressources normatives présentes dans les législations française et allemande, en centrant l'analyse philosophique sur les notions de « solidarité » et de « participation » des salariés dans la normativité juridique du travail.

Ces remarques, qui ne peuvent rester ici que d'ordre programmatique dans le cadre d'un texte propédeutique, montrent l'ampleur du travail épistémologique nécessaire pour *penser les normes du droit du travail, les ordonner et les justifier dans leurs contextes socio-historiques spécifiques*. Reste alors à aborder la manière dont

<sup>35</sup> Voir par exemple Commission des Communautés européennes, *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du 21<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, 22 novembre 2011, et mon analyse dans A. CUKIER, *Le travail démocratique*, op. cit., p. 61-62.

<sup>36</sup> Voir notamment C. BOUGLE, *Le solidarisme*, Paris, V. Giard & E. Brière Libraires, 1907.

<sup>37</sup> P. PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle*, Paris, Arthur Rousseau, 1894.

<sup>38</sup> Voir notamment P. NAPHTALI, *Wirtschaftsdemokratie: Ihr Wesen, Weg und Ziel*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1966 [1928].

ces analyses permettent de saisir, du point de vue de la philosophie sociale, les dynamiques de légitimation du droit du travail.

### III. NORMATIVITE, LEGITIMITE ET PRATIQUES SOCIALES EMANCIPATRICES

Cette approche épistémologique des normes du droit du travail permet de préciser la question des rapports entre normativité et légitimité. Pour la philosophie sociale du droit, la légitimation du droit du travail ne réside pas dans une recherche de fondement théorique que ce dernier devrait réaliser (que ce soit l'exercice de la raison pratique universelle, la conception moderne de l'individu, ou même une ontologie sociale spécifique comme chez Poulantzas par exemple, voir *supra*) mais dans l'analyse des pratiques sociales émancipatrices pour lesquelles le droit du travail est une arme<sup>39</sup>. Pour analyser le rapport entre normativité et légitimité du droit du travail, la philosophie sociale prescrit donc de commencer par analyser les pratiques de résistance et les luttes sociales qui ont historiquement conduit à l'émergence du droit du travail<sup>40</sup>. On propose de présenter la manière dont Karl Marx – le premier des philosophes sociaux au sens où on l'entend ici – aborde la question de la légitimation du droit du travail<sup>41</sup>, puis on indiquera la manière dont une telle approche permet d'aborder quelques-uns des enjeux contemporains de la transformation du droit du travail.

#### A. La légitimité des normes du droit du travail, selon Marx

On trouve dans le corpus des œuvres de Karl Marx (rédigées avec ou sans Friedrich Engels) trois types d'approches du droit du travail, qui sont à première vue mutuellement contradictoires. Le droit du travail peut ainsi être abordé soit (1) comme une partie du droit bourgeois, dont la rationalité juridique formelle est inséparable des rapports de production capitalistes et doit faire l'objet d'une critique radicale ; soit (2) comme une force de limitation du rapport salarial, exprimant les rapports de force dans la lutte des classes ; soit (3) comme un élément du processus de dépassement du mode de production capitaliste<sup>42</sup>. Or chacune de ces

---

<sup>39</sup> On fait ici référence à la célèbre phrase de Marx : « De toute évidence, l'arme de la critique ne peut pas remplacer la critique des armes : la force matérielle doit être renversée par une force matérielle, mais la théorie, elle aussi, se change en force matérielle dès qu'elle saisit les masses. » (K. MARX, « Pour une critique de la philosophie du droit de Hegel », in *Œuvres. Philosophie*, Paris, Gallimard, 2003, p. 99).

<sup>40</sup> À cet égard, voir notamment les travaux déjà cités de Claude Didry, Claire Lemerancier et Laurent Willemez. Ces questions sont également examinées dans l'introduction du dossier *Les normes du droit du travail* : « d'où viennent ces normes spécifiques au droit du travail et au droit social en France ? Sur quels diagnostics, conflits et revendications ont-elles été construites ? Peut-on considérer cette évolution, comme cela a souvent été le cas récemment, comme une construction linéaire – en ajoutant éventuellement que celle-ci se heurte finalement à un projet néolibéral tendant à la freiner ou l'inverser – ou bien comme le résultat de conflits normatifs, entre idéologies opposées et classes antagoniques ? » (V. BOURDEAU, A. CUKIER, L. PALTRINIERI, « Introduction », in V. BOURDEAU, A. CUKIER, L. PALTRINIERI (dir.), *Les normes du droit du travail*, *op. cit.*, p. 2-3).

<sup>41</sup> On s'appuiera ici sur les analyses dans A. CUKIER, « Marx et le droit du travail : Contradictions, postérité et actualité », art. cité.

<sup>42</sup> Cette section reprend directement certains des arguments de A. CUKIER, « Marx et le droit du travail : Contradictions, postérité et actualité », art. cité.

positions fonde son argumentation au sujet de la légitimité du droit du travail (dont Marx pense ici non pas l'histoire passée, mais la genèse en cours, rappelons-le) sur des pratiques sociales spécifiques, dans la mesure où ces dernières contredisent, nécessitent ou impliquent une législation étatique du travail.

La première position relève de la critique matérialiste du droit bourgeois – qui s'amorce chez Marx dans sa série d'articles publiés en 1842 dans la *Rheinische Zeitung* au sujet de la loi sur les vols de bois adoptée le 17 juin 1821 par la Diète de Rhénanie, critiquée dans la mesure où l'universalité qui y est prétendument défendue soutient en réalité les intérêts particuliers des propriétaires et non l'intérêt universel des êtres humains. Or c'est au nom d'un autre droit, considéré comme plus universel, le « droit d'occupation<sup>43</sup> », que Marx critique le droit de la propriété privée, et ses conséquences pour la reproduction des conditions d'existence des paysans pauvres. Comme le résume Mikhail Xifaras,

[P]our lui [Marx], le droit des paysans à ramasser des brindilles est lésé par la loi nouvelle qui est par conséquent injuste : nous sommes bien devant un problème de justification du droit positif, et les arguments de Marx peuvent être lus comme la recherche du point de vue à partir duquel il est légitime de fonder les droits (en l'occurrence ceux des paysans) et de juger la loi<sup>44</sup>.

Autrement dit, c'est ici une pratique sociale spécifique, le ramassage de brindilles par les paysans à des fins de subsistance, qui fonde ici la critique du droit positif et la légitimité d'un droit alternatif. La loi ici critiquée relève certes du droit de la propriété, mais il concerne le travail, d'abord parce que selon Marx tous les « rapports juridiques » en réalité trouvent « leur racine dans les rapports matériels qui conditionnent la vie<sup>45</sup> », et ensuite parce qu'en l'absence d'une législation défendant les droits des travailleurs, c'est le droit particulier de la propriété qui régit les conditions de travail.

La seconde position, qui devient toujours plus centrale sous la plume de Marx avant de culminer et se résumer dans le *Capital*, défend que le droit du travail constitue un champ spécifique de la lutte des classes entre les intérêts antagoniques des travailleurs et des capitalistes :

Il y a donc ici une antinomie, droit contre droit, l'un et l'autre portant le sceau de la loi de l'échange marchand. Entre des droits égaux, c'est la violence qui tranche. Et c'est ainsi que dans l'histoire de la production capitaliste, la réglementation de la journée de travail se présente comme la lutte pour les limites de la journée de travail. Lutte qui oppose le capitaliste global, c'est-à-dire la classe des capitalistes, et le travailleur global, ou la classe ouvrière<sup>46</sup>.

Ici, la légitimité des normes du droit a deux fondements réels : la critique quotidienne des conditions de travail et les luttes ouvrières pour améliorer leurs conditions de travail. Ainsi, pour légitimer dans la théorie la législation limitant la journée de travail (légitimation qui fait l'objet de l'ensemble du chapitre VIII du premier livre du *Capital*), Marx s'appuie dans un premier temps sur « la voix du

<sup>43</sup> P. LASCOUMES et H. ZANDER, *Marx, du « vol de bois » à la critique du droit*, Paris, PUF, 1982, p. 142.

<sup>44</sup> Voir M. XIFARAS, « Marx, justice et jurisprudence : une lecture du “vol de bois” », *Revue d'histoire française des idées politiques*, n° 15, 2002, p. 63-112.

<sup>45</sup> K. MARX, *Contribution à la critique de l'économie politique. Introduction aux Grundrisse dite « de 1857 »*, Paris, Les Éditions sociales, 2014, p. 62.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 261-262.

travailleur, qui s'était tue et perdue dans la tempête et le tumulte du procès de production<sup>47</sup> ». Plus précisément, il traduit en termes d'aliénation et d'exploitation les arguments d'une déclaration des travailleurs du bâtiment de Londres rédigées au cours d'une grève en 1860-1861 qui oppose la norme pratique de leur santé à la norme économique du contrat de travail<sup>48</sup>. Puis dans un deuxième temps, il légitime la « limitation légale de l'exploitation<sup>49</sup> » en examinant la « lutte plusieurs fois séculaire<sup>50</sup> » concernant la réglementation de la journée de travail ayant conduit aux législations successives sur les fabriques en Angleterre de 1833 à 1864<sup>51</sup> – et à la même époque les exemples de la France, des États-Unis et du mouvement ouvrier international<sup>52</sup> –, concernant notamment le travail des enfants, des adolescents et des femmes, le travail du dimanche et de nuit ainsi que les conditions de travail<sup>53</sup>. Marx examine ici les luttes ouvrières qui ont permis ces conquêtes, mais aussi les batailles juridiques et politiques autour de l'application du droit du travail<sup>54</sup>. Autrement dit, ce sont les discours et expériences des travailleurs ainsi que les luttes sociales auxquels ces derniers conduisent qui légitiment et doivent donc fixer les normes du droit du travail.

La troisième position, enfin, considère une législation du travail qui serait capable non seulement de limiter, mais encore de contredire la logique de l'exploitation, et qui pourrait contribuer à une organisation socialiste de la production. Là encore, la légitimité d'un tel droit du travail ne peut être fondée que sur des pratiques sociales réelles. C'est ce que suggèrent Marx et Engels dans l'« Adresse inaugurale de l'association internationale des travailleurs » de 1864, en rapprochant la « lutte pour la restriction légale des heures de travail » et le développement du « mouvement coopératif et surtout des manufactures coopératives », toutes deux considérées comme « la victoire d'un principe », la victoire « de l'économie politique du travail sur l'économie politique du capital<sup>55</sup> ». De même, dans la *Critique du programme de Gotha*, si Marx critique « l'idéologie juridique<sup>56</sup> » du Programme du Parti Ouvrier Allemand de 1875, c'est précisément parce que ce dernier n'est pas assez ancré dans les pratiques ouvrières ; tandis que quand il légitime les propositions de législation du travail avancées dans les lignes conclusives du Programme de Gotha, c'est précisément dans la mesure où elles sont présentées comme des moyens « pour protéger la classe ouvrière du pouvoir du capital dans la société

---

<sup>47</sup> K. MARX, *Le Capital*, Livre I, Paris, PUF, 1993, p. 260.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 256-262, et voir la note 40 p. 261.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 311-333.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 335-337.

<sup>53</sup> Voir l'ensemble du chapitre VIII « La journée du travail » dans (*ibid.*).

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 313 et 321.

<sup>55</sup> F. ENGELS et K. MARX, « Adresse inaugurale et statuts de l'association internationale des travailleurs », in K. MARX, *Œuvres complètes*, tome I, *op. cit.*, p. 466.

<sup>56</sup> K. MARX, *Critique du programme de Gotha*, Paris, Les Éditions sociales, 2008, p. 60.

actuelle<sup>57</sup> ». Enfin, dans *Le Capital*, c'est du point de vue du militantisme révolutionnaire que le droit du travail est légitimé. D'un côté « la législation sur les fabriques est devenue inévitable comme moyen de protection physique et morale de la classe ouvrière », mais d'un autre côté « elle généralise et accélère la transformation de procès de travail dispersés et minuscules en procès de travail combinés à une grande échelle, à une échelle sociale, donc la concentration du capital et l'hégémonie du régime de fabrique<sup>58</sup>. C'est pourquoi le droit du travail doit lui-même être analysé dans le cadre des contradictions internes du mode de production capitaliste :

En même temps que les conditions matérielles et la combinaison sociale du procès de production elle [la généralisation de la législation sur les fabriques] porte à maturité les contradictions et les antagonismes de sa forme capitaliste, et donc à la fois les éléments constitutifs d'une nouvelle société et les moments du bouleversement de l'ancienne<sup>59</sup>.

Ces formulations suggèrent que le droit du travail, y compris dans la forme limitée d'une simple protection physique et morale de travailleurs, constitue une des modalités du processus révolutionnaire conduisant vers une société post-capitaliste – processus qui en retour donne à la législation du travail sa légitimité non seulement sociale mais aussi proprement politique.

On voit que chacune de ces trois positions – dont le rapport pose des problèmes d'interprétation mais qui, appliqués à des objets concrets, ne sont pas nécessairement contradictoires – est légitimé par Marx de la même manière ; et qu'à chaque fois ce sont des pratiques sociales émancipatrices (la critique des conditions de travail, l'association ouvrière, la grève, les batailles politiques et juridiques, etc.) qui doivent fonder les normes du droit du travail.

## B. Légitimer, délégitimer et relégitimer le droit du travail

### 1. La délégitimation du Code du travail

La vague successive de réformes néolibérales du droit du travail en France ces cinq dernières années a contribué à faire, à nouveau, de la législation du travail un enjeu de luttes sociales et de controverses théoriques. Dans certains cas, c'est l'objet même du Code du travail qui est remis en cause, comme le rappelle l'introduction de la *Proposition de Code du travail* du Groupe de Recherche pour un autre Code du travail :

Le droit du travail en est à un stade tel que nul ne peut le connaître, alors que chacun est tenu de le respecter. Face à cette situation choquante, certains projets visent à réduire, voire à éradiquer le droit du travail. Cette simplification par le feu, parfois envisagée, est plus effrayante encore que la complexité actuelle. Au cœur de l'épais volume se sachent quelques-unes des protections essentielles sans lesquelles les inégalités exploseraient, sans lesquelles l'entreprise serait lais-

---

<sup>57</sup> Il s'agit essentiellement de la liberté de coalition, de la limitation du temps de travail et de l'interdiction du travail du dimanche, de la réglementation du travail dans les prisons et de la législation au sujet de la responsabilité civile (voir *ibid.*, p. 43-44).

<sup>58</sup> K. MARX, *Le Capital*, Livre I, *op. cit.*, p. 563.

<sup>59</sup> *Ibid.*



sée au despotisme du plus fort et sans lesquelles la santé et même la vie des personnes seraient directement menacées au travail<sup>60</sup>.

Cependant, la nécessaire réaffirmation des principes qui ont historiquement présidé à la construction de la légitimité du droit du travail en France ne doit pas impliquer de sous-estimer l'ampleur de l'entreprise de délégitimation à laquelle le Code du travail doit aujourd'hui faire face. Il faut en effet replacer ce conflit normatif dans un cadre européen. L'intégration européenne et le droit communautaire ont remis en question et transformé les normes spécifiques des diverses législations nationales<sup>61</sup>, et parfois c'est la légitimité même de ces normes juridiques qui est contestée, par exemple au sein des recommandations de la Commission qui justifie les « réformes structurelles » qu'elle préconise en termes de « *best practices* » plutôt que de principes et de droits<sup>62</sup>. Pour aborder le problème de la re-légitimation du droit du travail, préalable à sa réforme ou sa refondation, il faut d'abord considérer à quelle forme de délégitimation elle est aujourd'hui confrontée.

Il faut rappeler premièrement, en ce qui concerne l'histoire de l'émergence du droit communautaire, que ce dernier s'est construit dans un souci d'œcuménisme visant à surmonter les grandes différences dans les cultures juridiques – ainsi les notions de travailleurs salariés, de contrat de travail ou de relations de travail ne sont, à dessein, pas définies. Il s'agissait d'unifier le marché du travail, et donc de permettre que le travailleur soit un opérateur économique concurrentiel dans l'ensemble du marché du travail européen. C'est donc non pas la subordination juridique mais l'idée d'échange économique (prestation de travail contre rémunération), permettant notamment la mobilité de la main d'œuvre et la concurrence entre entreprises, qui devient centrale.

Dans un ouvrage de 1995 intitulé *Le droit du travail. Une technique réversible*<sup>63</sup>, Gérard Lyon-Caen résume ainsi les risques que la construction européenne faisait déjà alors peser sur le Code du travail français : au contraire d'une extension dans

---

<sup>60</sup> Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), *Proposition de code du travail*, op. cit., p. XII. Pour une critique de la « philosophie juridique des réformes en cours », voir également les arguments de Michèle Bonnechère : « En effet, en dépit d'un discours (que je rappelle via l'exposé des motifs précité) évoquant un compromis (« libérer l'énergie des entreprises tout en donnant les moyens à chacun de construire son parcours professionnel »), le changement visé depuis 2016 concerne la structure du droit du travail, en particulier ce que les juristes appellent la théorie des sources, c'est-à-dire le rôle de la loi dans les rapports de travail et la force obligatoire du contrat de travail. Ce changement concerne peut-être aussi la signification du droit du travail. Il n'aurait plus pour fonction première d'affirmer les droits de la personne au travail, mais deviendrait tantôt un outil de gestion de la collectivité de travail dans l'entreprise, tantôt un droit des transitions économiques. [...] Face à un tel constat, sans appel quant à l'orientation profonde des ordonnances, j'oserai malgré tout une hypothèse : il n'y aura pas de big bang, parce que la solidité des fondements du droit du travail a sans doute été sous-estimée par le législateur lui-même, du fait que certains principes ou règles du droit du travail sont irréversibles » (M. BONNECHÈRE, « La philosophie juridique des réformes en cours », in V. BOURDEAU, A. CUKIER, L. PALTRINIERI (dir.), *Les normes du droit du travail*, op. cit., p. 4).

<sup>61</sup> Voir au sujet de la situation au début des années 2010, E. MAZUYER, « Les mutations des droits du travail sous influence européenne », *Revue de la régulation*, n° 13, 2013 [<https://journals.openedition.org/regulation/10117>] (consulté le 14 février 2021).

<sup>62</sup> Au sujet des recommandations européennes au fondement des « Lois travail » de 2016 et 2017 en France, voir A. CUKIER, *Le travail démocratique*, op. cit., p. 61 sq.

<sup>63</sup> G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995.

un droit social progressiste, une régression vers le droit commercial ; le « droit de la communauté européenne qui tend à instituer un marché unique soumis à des règles sévères tendant à faire respecter la libre concurrence, témoigne du même effet destructeur sur tel ou tel règle caractéristique des droits internes du travail<sup>64</sup> ». Dans son analyse juridique, l'auteur alimente ainsi la critique politique qui connut ensuite un succès populaire en France lors de la campagne contre le Traité constitutionnel en 2005 : « les règles du grand marché viennent remettre en cause, non seulement la législation nationale du travail, mais même le droit unifié mis en place par l'OIT, en vue d'assurer un minimum de protection dans tous les pays<sup>65</sup> ». L'auteur anticipe ainsi la possibilité que la législation du travail française soit absorbée dans le droit de la concurrence, dont elle était initialement parvenue à s'extraire. C'est-ce que montre encore, vingt ans plus tard, Alain Supiot, au sujet de la technique juridique européenne qu'il désigne en termes d'« insertion d'un statut dans un contrat », soulignant que cette technique a contribué à l'extension d'une définition abstraite du travail qui efface du droit du travail ce qui pouvait, dans les législations nationales, relever de la protection de formes spécifiques de travail concret (pénibilité, risques, durée de travail, etc.)<sup>66</sup>.

Il faut rappeler deuxièmement que, depuis le milieu des années 2000, le droit du travail qui est devenu la cible principale du projet néolibéral européen : il s'agit de « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>67</sup> ». L'orientation générale du document découle de ce principe : « La modernisation du droit du travail est l'une des principales conditions d'une capacité d'adaptation des travailleurs et des entreprises qui produit des résultats<sup>68</sup> ». Pour parvenir à une telle « flexicurité », ce document insiste particulièrement sur la nécessité d'« adapter le contrat de travail classique dans le but de favoriser une flexibilité accrue tant pour les travailleurs que pour les entreprises<sup>69</sup> ». Il s'agit de généraliser et d'instituer les contrats de travail « non classiques » (contrats à durée déterminée et à temps partiel, contrats « zéro heure », contrats d'intérim, etc.) mais aussi d'harmoniser par le bas les contrats « classiques », et dans cette perspective « d'évaluer, et s'il y a lieu de revoir, le degré de flexibilité prévu dans les contrats standards en ce qui concerne les délais de préavis, les coûts et les procédures de licenciement individuel ou collectif, ou encore la définition du licenciement abusif<sup>70</sup> ». Ces objectifs constituent le contexte de l'amputation du Code du travail par les « Lois Travail » en France, qui était du reste explicitement préconisée dans une « recommandation » du Conseil de la Commission européenne du 14 juillet 2015 : « la France devrait prendre des mesures résolues pour supprimer les seuils réglementaires prévus par

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>66</sup> « Cette manière européenne de penser la relation de travail, comme insertion d'un statut dans un contrat, a permis d'étendre l'empire du travail abstrait, en favorisant l'unification du statut du travailleur salarié, et la disparition progressive des distinctions assises sur la prise en considération de l'objet concret de la prestation de travail » (A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 33-34).

<sup>67</sup> Voir Commission des Communautés européennes, *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du 21<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 3-4.



le droit du travail et les réglementations comptables qui limitent la croissance de ses entreprises », afin de « réduire le coût du travail et améliorer les marges bénéficiaire des entreprises<sup>71</sup> ». Ils constituent aussi les fondements d'arrêts récents de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE). C'est le cas par exemple des arrêts *Viking* et *Laval-Vaxholm* (condamnant l'action collective des travailleurs pour empêcher dans le premier cas une délocalisation et dans le second un « dumping social ») ainsi que *Rüffert* (déclarant non valide une loi obligeant les entreprises de travaux publics à appliquer la convention collective du secteur dans le cas de passage de marchés publics) en 2007 – arrêts de la CJCE au travers desquels « la pérennité même de certains modèles sociaux, parmi les plus protecteurs pour les salariés, se trouve directement mise en cause<sup>72</sup> ». Dans les termes de la section précédente, il s'agit d'une délégitimation et d'une remise en cause de ce qui, dans les droits du travail nationaux, constituaient des appuis non seulement à la limitation de l'exploitation économique, mais aussi à la participation concrète des travailleurs au fonctionnement de l'entreprise et à la vie économique<sup>73</sup>.

## 2. Quelles pratiques sociales pour relégitimer le droit du travail aujourd'hui ?

C'est dans ce contexte de remise en cause globale des normes du droit du travail qu'on peut comprendre les réformes récentes en France, de même que les mobilisations sociales de grande ampleur qui s'y sont opposées – mais aussi le projet même de sa re-légitimation. À l'heure où la défense de la législation du travail doit s'opposer aux projets qui « visent à réduire le code à un texte minimaliste » et « à remplacer l'essentiel de la loi par la négociation collective d'entreprise<sup>74</sup> », il faut sans doute, dans un geste théorique similaire à celui de Marx en son temps, réinterroger les fondements mêmes des normes du droit du travail : quelles sont les pratiques sociales qu'il s'agit, d'une part de limiter, d'autre part de favoriser ?

Le droit du travail en France s'est notamment construit, on l'a vu, contre l'aliénation au travail, au double sens de l'atteinte à la santé des travailleurs et de la dépossession de leur capacité de décider sur le travail. De ce point de vue, les enjeux de droit du travail les plus commentés récemment en Europe, tels que ceux de la requalification de contrats de prestation de service en contrat de travail des travail-

---

<sup>71</sup> Conseil de l'Union Européenne, *Recommandation concernant le programme national de réforme de la France pour 2015 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour 2015*, Bruxelles, 14 juillet 2015.

<sup>72</sup> S. LAULOM et F. LEFRESNE, « Dessein et destin de quatre arrêts de la Cour de justice des communautés européennes. Peut-on maintenir la spécificité des modèles sociaux en Europe ? », *La Revue de l'Ires*, vol. 63, n° 4, 2009, p. 127-152, disponible en ligne. Les auteures précisent que « Par "modèles sociaux", nous entendons ici l'ensemble des spécificités nationales caractérisant les mécanismes collectifs de protection des salariés : droit de grève, nature des dispositifs conventionnels et modalités de fixation des minima salariaux ».

<sup>73</sup> Voir, pour des arguments plus détaillés, A. CUKIER, « Exploitation, marxisme et droit du travail », art. cité.

<sup>74</sup> GR-PACT, *Proposition de code du travail*, op. cit., p. XIII-XIV.

leurs de plateforme, notamment dans le domaine du « *crowdworking* » sur les plateformes de travail en ligne<sup>75</sup> ou de l'activité des coursiers<sup>76</sup>, ne doivent pas être compris seulement en termes de limite de l'exploitation, mais aussi de contre-pouvoir dans la relation salariale<sup>77</sup>.

On peut s'appuyer ici sur l'argumentation de Garance Navarro-Ug  au sujet du travail des coursiers. L'auteure défend ainsi que pour légitimer des normes juridiques capables de s'opposer à « la tendance générale du législateur à promouvoir l'autonomie purement individuelle des travailleurs, entraînant un délitement du collectif dans le travail<sup>78</sup> », ce ne sont pas d'abord les jurisprudences favorables aux salariés, et donc les ressources existantes du droit, mais aussi et d'abord les pratiques sociales des travailleurs et travailleuses eux-mêmes qui peuvent être mis en avant. Ainsi, l'activité des associations et coopératives de coursiers, qui ont émergé du mouvement de contestation des formes spécifiques d'aliénation concernant leur travail<sup>79</sup>, constituent ce qu'on peut appeler des « pratiques normatives<sup>80</sup> » pour une perspective d'amélioration ou de refondation du droit du travail – dans la mesure où

l'exemple des regroupements de coursier-ière-s à vélo montre la volonté pour les travailleur-euse-s d'obtenir une réelle protection sociale, une liberté dans le travail, un pouvoir collectif de détermination de ses conditions de travail ainsi qu'un désir d'émancipation des cadres étroits de l'auto-entrepreneariat tels qu'ils existent en droit positif<sup>81</sup>.

---

<sup>75</sup> Les « *crowdworkers* » sont des travailleurs à domicile qui, au moyen de plateformes de travail en ligne, effectuent, souvent pour une très faible rémunération, des tâches sur internet «   la pièce » comme la retranscription d'entretiens. Voir B. GOMES, « *Le crowdworking* : essai sur la qualification du travail par intermédiation numérique », *Revue de droit du travail*, nés 7-8, 2016, p. 464-471.

<sup>76</sup> En 2020, ce fut le cas notamment de l'arrêt n  374 du 4 mars 2020, requalifiant en contrat de travail la relation contractuelle entre la plate-forme numérique Uber et un auto-entrepreneur. Des décisions similaires avaient été rendues quelques semaines plus tôt en Espagne pour Deliveroo (décision du 23 janvier 2020) et en Italie pour Foodora (24 janvier 2020).

<sup>77</sup> Ainsi Garance Navarro-Ug  montre-t-elle, à propos de l'arrêt Uber de mars 2020 et d'autres similaires qu'« on peut voir dans ces jurisprudences la remise en cause du statut d'auto-entrepreneur en ce qu'il permettrait d'organiser librement son travail » (G. NAVARRO-UGE, « Les regroupements de livreurs   vélo : une application de l'idée du droit social de Georges Gurvitch », in V. BOURDEAU, A. CUKIER, L. PALTRINIERI (dir.), *Les normes du droit du travail*, op. cit.).

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>79</sup> L'auteure fait référence à Olvo, Les Coursiers nantais, Les Coursiers bordelais, Traboulotte ainsi qu'à Coopcycle, fédération des « acteurs et actrices de la livraison à vélo qui ont un projet coopératif » initiée « pour créer une solidarité entre coopératives, pour réduire leurs coûts grâce à la mutualisation de services et pour créer une force collective de négociation pour défendre les droits des livreur.se.s » (Voir le site de Coopcycle [<https://coopcycle.org/fr/>]).

<sup>80</sup> Ce terme renvoie à la fois aux travaux de Georges Gurvitch (voir *infra*) qui emploie pour sa part le terme de « fait normatif », et la tradition de la philosophie sociale pragmatiste, voir par exemple R. FREGA, « Les pratiques normatives », *SociologieS*, Dossiers « Pragmatisme et sciences sociales : explorations, enquêtes, expérimentations », mis en ligne le 23 février 2015 [<https://doi.org/10.4000/sociologies.4969>] (consulté le 14 février 2021).

<sup>81</sup> G. NAVARRO-UGE, « Les regroupements de livreurs   vélo : une application de l'idée du droit social de Georges Gurvitch », art. cité, p. 4.

Sur la base de cette argumentation, l'auteure propose ainsi de réactualiser les arguments du juriste, philosophe et sociologue Georges Gurvitch au sujet de la refondation du droit du travail au sein d'un « droit social<sup>82</sup> » capable de réduire l'abîme existant entre l'individualisme juridique du droit positif et les pratiques collectives majoritaires dans la réalité sociale. C'est ce type de démarche théorique que met en œuvre la philosophie sociale du droit : il s'agit, comme indiqué précédemment, de partir de l'expérience de pratiques de contestation ou d'émancipation pour proposer une re-légitimation, une réforme ou une refondation du droit positif.

En ce qui concerne « l'économie de plateforme », cette méthode de légitimation conduit, et au-delà de la référence à Gurvitch, à mettre en relief des normes différentes de celle qui sont habituellement prises en compte dans le débat public à ce sujet. Face à la dilution ou au contournement de la subordination hiérarchique par les entreprises de ce secteur d'activité, la jurisprudence s'est principalement appuyée sur le critère organisationnel, également utilisé pour requalifier des contrats dans des situations de sous-traitance à la chaîne : un contrat de travail doit exister lorsqu'il y a service organisé et détermination unilatérale des conditions d'organisation du travail par un donneur d'ordre. Il est possible également de chercher à réactualiser le critère de dépendance économique (abandonné dans les années 1930 au profit du critère de subordination hiérarchique) : ce sont l'état de faiblesse économique et l'exploitation des travailleurs sur les plateformes en ligne qui justifieraient l'intervention publique. Dans notre perspective, c'est donc un troisième critère qui est mis en avant, celui de la « capacité des travailleurs à participer au pouvoir économique<sup>83</sup> », qu'on peut donc reconstruire à partir d'une analyse de pratiques sociales à portée normative (comme celles des associations et coopératives de coursiers), mais aussi à partir d'une lecture socio-historique – comme le propose Claude Didry dans « Du mot à la chose : le travail (dé)construit par le droit ? Du travail normatif à la normativité du travail », qu'il est utile ici de citer longuement :

Dans ce cadre, le droit du travail correspond d'abord à la reconnaissance d'une catégorie juridique nouvelle, le travail, avant que ne se pose la question de l'identification d'un contrat de travail à partir du critère de la subordination juridique. Cela se comprend aujourd'hui à travers le fait que la subordination juridique entre dans un faisceau d'indices, parmi lesquels prime l'existence d'une prestation personnelle de travail. Cela se comprend historiquement, en revenant à l'adoption d'un code du travail à partir de 1910, avant que la Cour de cassation ne consacre en 1931 le critère de la subordination juridique – contre celui de la « dépendance économique » privilégié par le législateur – pour établir l'existence d'un contrat de travail.

Sur cette base et en partant du constat d'une permanence de l'emploi stable, il convient de sortir des motivations officielles qui ont présidé à leur adoption pour voir en quoi les réformes récentes visent moins une flexibilité de l'emploi qu'un renforcement du pouvoir de l'employeur sur l'organisation du travail et de la négociation collective en privilégiant pour cela le niveau de l'entreprise sur celui de la branche.

Après être revenu sur l'affirmation théorique du travail comme fondement de la

---

<sup>82</sup> G. GURVITCH, *L'Idée du droit social. Notion et système du droit social histoire doctrinale depuis le XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Recueil Sirey, 1932.

<sup>83</sup> Cl. DIDRY, « Du mot à la chose : le travail (dé)construit par le droit ? Du travail normatif à la normativité du travail », in V. BOURDEAU, A. CUKIER, L. PALTRINIERI (dir.), *Les normes du droit du travail*, op. cit., p. 3.

valeur d'échange et pierre angulaire de (contre) sociétés utopiques, nous envisagerons la manière dont le droit du travail se dégage contre le louage d'ouvrage. Cela nous permettra d'évaluer la portée des réformes actuelles qui, sans véritablement remettre en cause le droit du travail, portent atteinte à la capacité des travailleurs à participer au pouvoir économique<sup>84</sup>.

Dans cette perspective – appuyée sur des travaux socio-historiques mentionnés précédemment et qu'on ne peut restituer ici plus en détail –, l'analyse des processus de légitimation du droit du travail conduit à réinterpréter les normes qui ont présidé à son émergence ; y compris contre leurs interprétations, inflexions et (contre-)réformes ultérieures. C'est une démarche similaire que met en œuvre Bernard Friot dans le même dossier, au sujet des rapports entre droit du travail et protection sociale en France, en montrant à partir d'une analyse des pratiques existantes de qualification personnelle et de subvention à l'investissement que celles-ci peuvent fonder des « droits économiques de la personne, tant au salaire qu'à la propriété de l'outil<sup>85</sup> ». En un autre lieu et en une autre époque, cette démarche était également celle – commentée et étudiée pour notre part dans le cadre d'une recherche distincte, relevant de la philosophie sociale du travail<sup>86</sup> – du juriste et philosophe Karl Korsch qui, sur la base à la fois des avancées du droit du travail dans la République de Weimar et de l'expérience des conseils ouvriers allemands en 1917 et 1918, proposait dans *Arbeitsrecht für Betriebsräte* une architecture de « droit des conseils ouvriers » devant réaliser le projet d'une démocratie industrielle. Dans chacun de ces exemples, la légitimité des normes juridiques est donc remise en cause ou reconstruite à partir d'expérimentations sociales émancipatrices – ce qui suppose un travail d'enquête sur la réalité sociale trop souvent négligée par la philosophie du droit.

\*  
\*\*

La démarche de philosophie sociale du droit ici présentée, qui relie normativité et légitimité au moyen d'une enquête sur les pratiques sociales normatives, permet ainsi d'éviter à la fois l'enfermement réactionnaire d'une philosophie du droit qui n'oserait pas critiquer radicalement le cadre juridique et politique existant et l'enthousiasme utopiste d'une philosophie du droit qui ne prendrait pas en compte les causes et les raisons du droit positif. S'il est vrai que « le droit du travail est plus que jamais parcouru par des forces contradictoires, d'unification d'un côté, et de fragmentation de l'autre<sup>87</sup> », alors il est plus que jamais nécessaire d'analyser les normes qui, émergeant de pratiques sociales nouvelles, pourraient guider un processus de renouvellement juridique et politique à la hauteur des enjeux du temps présent.

À cette tâche, qui associe étroitement la justification théorique à la perspective d'une transformation sociale, la philosophie sociale du droit peut contribuer, aux côtés de la science juridique, de l'histoire et de la sociologie notamment. On espère

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 2-3.

<sup>85</sup> B. FRIOT, « Le salaire et la propriété de l'outil, droits économiques de la personne », in V. BOURDEAU, A. CUKIER, L. PALTRINIERI (dir.), *Les normes du droit du travail*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>86</sup> Voir A. CUKIER, *Le travail démocratique*, *op. cit.*, p. 110-115.

<sup>87</sup> A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 34.

avoir participé, dans cet article, à faire connaître cette démarche, tout en éclairant en retour, dans cette perspective particulière, le problème plus général des rapports entre normativité et légitimité du droit.

**Alexis Cukier**

Alexis Cukier, Université de Poitiers, Maître de conférences en philosophie morale et politique, Laboratoire de Métaphysique Allemande et Philosophie Pratique.



## Rendre raison d'une norme juridique Légitimer, habiliter, expliquer

La question de la rationalité juridique est aussi vieille que la philosophie du droit si l'on définit par rationalité juridique la capacité à *rendre raison* du droit (ou de ce qui est désigné comme faisant partie du champ du droit) et en premier lieu les normes juridiques. La centralité – et l'ancienneté – de ce souci peut se comprendre par l'entrelacement de préoccupations philosophiques et juridiques qui caractérise cette question. La préoccupation philosophique s'inscrit dans le champ de la théorie de la connaissance : il s'agit de savoir si les énoncés juridiques relèvent d'un ensemble plus général, celui des énoncés rationnels ou, pour le dire autrement, scientifiques. Obéissent-ils par exemple à un modèle hypothético-déductif, sont-ils cohérents, reproductibles, prévisibles, formalisables ? Y a-t-il ainsi quelque chose comme une *démonstration* dans un raisonnement juridique ? À cette préoccupation philosophique, s'ajoute une préoccupation juridique, touchant à la pratique du droit et qu'on peut rattacher à la problématique générale de la sécurité juridique (on désigne ainsi en droit la prévisibilité et la stabilité des règles de droit, qui permettent aux citoyens d'agir en pouvant anticiper l'état ultérieur du droit). En effet, pouvoir rendre raison d'une norme, c'est améliorer la faculté d'anticiper rationnellement ce que le droit peut dire, et en particulier via une décision de justice. Un des grands bouleversements que le monde du droit a connus ces dernières années est l'émergence de ce qu'on a appelé la justice prédictive<sup>1</sup>. Des cabinets d'avocats, en premier lieu en Californie, se sont rapprochés d'entreprises spécialisées en informatique et en particulier en exploration automatisée de corpus, pour construire des outils visant à prédire de manière optimale ce que les tribunaux *allaient décider*. La question de la rationalité juridique, et en particulier de l'obéissance à des règles de logique formelle, est centrale dans ce nouveau contexte. On demande en effet à un outil construit rationnellement (comme une intelligence artificielle), et dont le fonctionnement est de la logique mise à nue, pour ainsi dire, d'embrasser les corpus juridiques pour en tirer une cartographie des possibles, puis des conclusions en termes de probabilités (par exemple, si vous inscrivez telle clause dans tel contrat, vous avez 70 % de chances d'être condamné dans le Wisconsin et 40 % de chances d'être condamné dans l'Iowa – donc si vous tenez à cette clause, on vous conseille d'installer le siège social de la firme dans l'Iowa). Il est évident que ce type de démarche rencontre sa limite dans (1) le fait humain : un tribunal est composé d'individus qui peuvent agir de manière relativement imprévisible ; (2) les revirements de jurisprudence. Si les tribunaux de l'Iowa décident d'agir comme ceux du Wisconsin, du jour au lendemain, la prédiction aura été mauvaise – on ne peut pas demander à une intelligence artificielle d'inventer une in-

---

<sup>1</sup> Voir par exemple : *Archives de philosophie du droit*, t. 60, *La justice prédictive*, 2018, 636 p.

formation dont elle ne dispose pas. Comment quantifier ces phénomènes de revirement et jusqu'à quel point sont-ils présents ? Rien n'interdit d'imaginer que de bons outils statistiques puissent permettre de quantifier ce risque d'imprévisibilité ponctuelle...

## LA LOGIQUE DU DROIT

Au croisement de la théorie de la connaissance et de la pratique juridique, on rencontre ainsi, quand on cherche à rendre raison du droit, le problème délicat de la conformité du droit à la rationalité et à une rationalité formalisable et modélisable, autrement dit ce qu'on appelle la logique. La question de la conformité du droit à la logique n'est pas neuve et certains théoriciens du droit (comme Chaïm Perelman<sup>2</sup>) considèrent qu'il y a une logique juridique qui se distingue de la logique formelle et qui, sans être toujours contraire aux exigences de la logique, accorde une place éminente à la *rhétorique*. L'opposition entre rhétorique et logique mériterait une longue discussion, éloignant de notre sujet, mais notons qu'elle est à la fois fondamentale et problématique. Jusqu'à quel point la rhétorique est-elle *autre chose* qu'un discours susceptible d'être appréhendé, traité, formalisé par la logique ? Cela marche dans un sens : la logique n'est pas de la rhétorique même si on peut faire un usage rhétorique de la logique, soit par simple invocation de celle-ci, soit par la puissance de persuasion de la logique (argument *a fortiori*, raisonnement par l'absurde) ; on pourrait même avancer l'idée que la logique trône au sommet de la rhétorique. En revanche, il serait faux d'avancer l'idée que la logique use de la rhétorique, il y aurait là un contresens sur ce que cherche précisément à faire la logique formelle. Mais une autre difficulté surgit immédiatement, même si l'on tranche le débat en faveur de la possibilité d'identifier la logique formelle à l'œuvre dans le droit : celle du *type* de logique mobilisée et mobilisable. Certes, il existe une voie déjà bien explorée et bien connue, la *logique déontique*, qui est présente à la fois dans des travaux de théorie du droit (mais aussi de philosophie morale) et des travaux informatiques. Mais rien ne dit que la logique déontique soit la plus adaptée à la description de la juridicité à la fois pour des raisons techniques (d'autres formes de logiques paraissent plus adaptées, comme la ludique<sup>3</sup>, la théorie sémantique des jeux<sup>4</sup> ou encore la logique dialogique<sup>5</sup>) et pour des raisons ontologiques. Sur ce dernier point, qu'on puisse réduire la juridicité à la normativité, ou même à une forme spécifique de normativité, ne va pas de soi – soit que l'on considère qu'il y ait *plus* que de la normativité dans le droit, soit que l'on considère que le droit n'est pas du tout normatif, les normes se trouvant alors cantonnées au rang de *sources* du droit. On peut ainsi considérer que, pas plus que le droit n'épuiserait le spectre de la normativité, les normes n'épuiseraient le spectre de la juridicité. Cette hypothèse, contestable évidemment, permet de comprendre les inquiétudes qui

---

<sup>2</sup> Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, Paris, Dalloz, 1979.

<sup>3</sup> J.-Y. GIRARD, « Locus Solum : From the rules of logic to the logic of rules », *Mathematical structures in computer science*, vol. 11, n° 3, 2001, p. 301-506 [<https://girard.perso.math.cnrs.fr/o.pdf>].

<sup>4</sup> J. HINTIKKA, *Logic, language-games and information. Kantian themes in the philosophy of logic*, Oxford, Clarendon Press, 1973.

<sup>5</sup> S. RAHMAN et T. TULENHEIMO, « From games to dialogues and back : Towards a general frame for validity », in O. MAJER, A.-V. PIETARINEN et T. TULENHEIMO (dir.), *Games : Unifying logic, language and philosophy*, Berlin, Springer, 2008.



naissent à propos des phénomènes d'automatisation de la justice, tels qu'ils sont décrits dans un livre récent<sup>6</sup>. On s'effraie de la disparition (ou de la minoration) de l'humanité dans la procédure judiciaire et de l'effacement du juge capable de « motiver » les décisions après un temps de réflexion dans le cadre d'un examen véritable des prétentions des parties. Mais, au-delà de l'inquiétude, légitime psychologiquement et sentimentalement, face à toute déshumanisation, on comprend moins directement les inconvénients d'une telle disparition car, au fond, on pourrait voir dans l'automatisme une homogénéisation des décisions de justice et une rationalisation de la jurisprudence. Cette évolution consacrerait pleinement le statut normatif de la décision de justice et son inscription dans une hiérarchie fermement définie. En revanche, si l'on pense que l'intervention du juge est un moment essentiel du droit et que ce moment n'est pas « normatif » (ou plus exactement, que l'essence de la décision du juge n'est pas normative même si, évidemment, elle produit des effets normatifs), alors on peut trouver des arguments solides pour craindre l'automatisation. La piste que je souhaite explorer est la suivante : un aspect essentiel du travail du juge est de *rendre raison* de la norme juridique – ce qui n'est ni un travail purement normatif, ni un travail d'application. « Rendre raison » doit ici s'entendre en une acception qui peut évoquer le type de geste culinaire qu'on accomplit quand on fait « dégorger » certains légumes (par exemple en les frottant avec du sel avant de les laisser reposer) qui ainsi « rendent » leur eau. Le juge a à sa disposition une norme (un texte, en général, mais il peut s'agir d'autre chose) et cherche à en extraire ce qui va lui permettre de « dire droit », de rendre la justice<sup>7</sup> ou, comme le dit Clément Rosset, de pouvoir affirmer que « ça se fait ».

[...] le dévot est d'abord celui qui est incapable d'affronter le non-nécessaire. C'est pourquoi, comme le dit Pierre Legendre, il aime le censeur et entend jouir du pouvoir exercé à ses propres dépens. Pour s'avancer dans les dédales du non-nécessaire il a besoin de l'appoint permanent d'un « allez-y donc », la garantie d'une nécessité que lui délivrera, à l'occasion, tout porteur de l'insigne « il le faut » : tel le juriste, le policier, le médecin ; tel aussi, parfois, le philosophe. Le dévot n'est pas celui qui répugnerait spontanément à certaines pratiques, mais celui qui refuse de pratiquer sans raison, sans « ordre » (au sens à la fois impératif et normatif). Il est même ouvert à toute pratique, pourvu qu'elle reçoive l'aval d'une autorité qui, si l'on peut dire, lui donne cours : une réalité considérée comme impie sera aussitôt adoptée si le juriste lui assure que « ça se fait », le policier que « c'est permis », le médecin que « c'est conseillé », le philosophe que « c'est rationnel »<sup>8</sup>.

On peut, en suivant Clément Rosset, décrire le travail de la philosophie du droit comme la rencontre du « c'est rationnel » et « ça se fait » ou, plus précisément, le repérage des différentes manières de rationaliser (au sens de « rendre raison ») le « ça se fait ». Il me semble qu'on peut distinguer au moins trois manières d'opérer ce travail de rationalisation – légitimer, habilitier, expliquer.

<sup>6</sup> A. GARAPON et J. LASSEGUE, *Justice digitale*, Paris, PUF, 2018.

<sup>7</sup> Le développement qui suit reprend certaines idées déjà esquissées dans mon ouvrage, *Penser la pratique juridique* (Aix-en-Provence, PUAM, 2018).

<sup>8</sup> C. ROSSET, *Le réel. Traité de l'idiotie*, Paris, Éditions de Minuit, 2004 [1977], p. 77.

## LEGITIMER

La légitimation, contrairement aux deux autres manières de rendre raison, comprend une dimension axiologique : on accorde une valeur supplémentaire à la norme juridique qu'on légitime, ce que n'accomplissent ni l'explication ni l'habilitation, fondamentalement *descriptives*. En légitimant, on cherche à augmenter la force de persuasion propre à une norme juridique. Légitimer c'est, selon la vieille opposition de la légalité et de la légitimité, pénétrer sur le terrain du jusnaturalisme. Sous sa forme moderne, il vise à rattacher, par le mythe de l'état de nature originel présocial, le droit à une essence éternelle de l'homme, rationnelle, et consacrant des principes fondamentaux à portée universelle (la liberté, l'égalité, éventuellement la fraternité) : ce rattachement permet de rendre acceptables les arbitrages rendus, les orientations données, par les normes juridiques. Le droit naturel est un récit (une fable) qui permet de solidifier moralement, socialement, politiquement l'édifice juridique. Sous sa forme ancienne, le droit naturel, comme on le voit par exemple à l'œuvre dans le *Gorgias* de Platon, permet d'avancer l'hypothèse d'une cohérence conceptuelle du droit positif avec l'ensemble des assertions portant sur le monde. Dans cette approche, la rationalisation de la juridicité s'opère par le respect de l'ordre du monde (*cosmos*) qu'elle incarne. Si l'on compare la légitimité issue du jusnaturalisme ancien à celle issue du jusnaturalisme moderne, on voit que la force de persuasion induite est d'une nature différente : loin d'être centré sur la figure d'un homme saisi universellement comme sujet rationnel, le jusnaturalisme ancien cherche à dériver la loi de l'observation de la nature (*physis*) et à renvoyer à une vérité objective, distincte de la subjectivité humaine. Le droit naturel ainsi conçu vise à tenir à distance le droit de la relativité et des évolutions historiques politiques, économiques et sociales.

Pour le jusnaturalisme moderne, le risque principal est alors la consécration d'une vision du droit dans laquelle s'évanouirait complètement la distinction entre droit et politique ou entre droit et morale. Pis : si la source de légitimité la plus grande provient d'une socle politique externe au droit positif, la tentation est grande de politiser intégralement la juridicité pour produire la plus grande légitimité, avec pour horizon la disparition d'une sphère spécifiquement juridique, d'une part, et, d'autre part, une difficulté à maintenir la frontière entre norme et exception. Pour le jusnaturalisme ancien, organisé autour d'un objectif de légitimation épistémologique du droit positif, le danger est la marginalisation du débat politique, du pluralisme et du fait majoritaire, au bénéfice d'un horizon technocratique. Si le droit doit être à l'image des descriptions objectives, scientifiques du monde, alors les arbitrages juridiques devraient être eux-aussi objectifs, démontrés, stables. Quel rôle les choix politiques, en particulier démocratiques, peuvent-ils alors jouer dans un tel système de droit, qui serait « ainsi et pas autrement » pour des raisons données comme certaines (à une nuance poppérienne près). On est alors très proche des discours du type : « *There is no alternative* », au cœur des phénomènes de mondialisation économique et financière. Dans cette conception, l'action économique, sociale, juridique doit être la même dans tous les États car le monde est unifié et que le prix à payer pour la marginalité – et l'indépendance – serait trop élevé. Rendre raison revient ici très vite à abdiquer devant toute capacité à raisonner *autrement*.

## HABILITER

Je désigne, de manière peu originale, par « habilitation » l'homologation qui rend possible une production normative ou juridictionnelle. Ainsi le premier ministre est-il habilité à produire des décrets, le président de l'Université des arrêts dans son domaine de compétence, l'Assemblée nationale des lois, le juge d'un tribunal de grande instance des jugements, la Cour de Cassation des arrêts, le Conseil constitutionnel des décisions, etc. Habilitier n'est ni expliquer ni légitimer – l'habilitation est à la fois une manière d'autoriser (il est possible pour l'entité X de...) et une manière de rendre légal (ce que dit l'entité X est bien conforme au droit). Le non-respect des procédures d'habilitation conduit usuellement à l'annulation des décisions et des normes concernées. Il est donc essentiel, pour pouvoir rendre raison d'une norme juridique par la voie de l'habilitation, d'identifier les instances chargées de vérifier le respect de ces procédures d'habilitation. L'habilitation est à la fois un *contrôle* et une *procédure*, une répartition des tâches juridiques et une censure du non-respect de cette répartition.

La question la plus délicate qui concerne les procédures d'habilitation est celle de l'indépendance des instances habilitées. Si elles font l'objet d'un contrôle, on peut s'inquiéter de leur éventuelle dépendance vis-à-vis de celui qui les contrôle ; si elles ne font l'objet d'aucun contrôle, on peut alors craindre qu'elles soient tentées de ne pas respecter les bornes fixées à leur faculté d'intervention. Autre difficulté : une Cour suprême peut-elle être bornée dans son action par une procédure habilitation ? Mais alors, quand une Cour suprême se plaît à construire une jurisprudence *contra legem*, que faire ? Faut-il changer la loi ? La démarche est incertaine car rien ne garantit qu'elle sera plus respectée que l'actuelle. Faut-il alors sanctionner les membres de cette Cour ? Leurs membres jouissent, et c'est heureux, d'une grande indépendance : on voit mal comment éviter une forme de procès politique d'exception. *Cum grano salis*, on est tenté de se demander pourquoi l'habilitation produit néanmoins des effets en haut de l'échelle juridictionnelle et pourquoi, bon an mal an, la hiérarchie des normes est plus respectée que méprisée. *Qui garde les gardiens* ? Ils semblent globalement capables de se garder eux-mêmes.

## EXPLIQUER

L'explication est une opération beaucoup plus délicate à circonscrire et qui recouvre des contextes et des gestes très variés, de la note d'arrêt (doctrine) à la motivation (jurisprudence). Pourquoi la Cour de cassation considère-t-elle que les décisions de justice doivent être motivées, et que l'absence de motivation d'une décision de justice par les juridictions du fond produit un défaut de base légale ? Parce que si une décision de justice n'est pas motivée, elle est *inexplicable* et on ne peut pas demander aux justiciables d'endurer une justice qui ne saurait pas rendre raison de ses arbitrages (qui pourraient alors sembler arbitraires). C'est aussi porter atteinte au droit fondamental à un procès équitable que de ne pas expliquer une décision. Curieusement, la Cour de cassation autorise pour elle-même (ce qui nous renvoie au point précédent) l'absence de motivation pour ses propres refus préliminaires, dans certains cas, pour des motifs pédagogiques (autrement dit : quand le pourvoi n'est vraiment pas sérieux et qu'il s'agit d'éviter de l'imiter à l'avenir). Expliquer revient ici à mettre en lumière les « motifs » qui permettent de rendre raison de la norme jurisprudentielle. Ces motifs peuvent être de plusieurs ordres : un raisonnement, une démonstration (les considérants), une référence à une source juridique (les visas). L'essentiel est qu'on soit en mesure de formuler objectivement

et explicitement pourquoi la norme jurisprudentielle est ainsi et pas autrement. L'explication n'est obligatoire que pour les normes jurisprudentielles : la norme législative n'est pas nécessairement assortie d'une explication.

Il arrive néanmoins que certaines lois soient précédées d'un texte préliminaire qui explique les raisons d'être de telle ou telle évolution législative ou qui fixe un cadre général aux articles qui suivent<sup>9</sup>. De plus, la loi est précédée d'une activité législative et l'examen des débats parlementaires permet de reconnaître le rôle du rapporteur et l'importance de la proposition ou du projet de loi qui précède la loi. Mais l'explication qui intervient ici n'en demeure pas moins d'une autre nature que la motivation propre aux décisions de justice, quand bien même on peut trouver des points de superposition. Il s'agit avec la loi de manifester une volonté politique et de justifier le recours à une norme juridique pour réaliser une finalité politique ; dans la motivation juridictionnelle, on fait tenir du droit avec du droit (raisonnement juridique, références à des normes), dans la motivation législative, on conjugue du droit et de la politique (et éventuellement du droit aussi, s'il s'agit par exemple de faire référence à d'autres parties du droit). Un des effets de ce régime distinct d'explication est le contraste possible entre une loi satisfaisante politiquement, accomplissant son objectif démocratique, mais, dans le même temps, catastrophique sur le plan juridique, par contradiction induite avec une autre loi ou par obscurité. Rien n'interdit au législateur de se contredire – c'est plus embêtant pour la justice, sauf si la contradiction intervient dans le temps, via un revirement de jurisprudence.

J'ai décrit ces trois manières de rendre raison d'une norme juridique car je crois important de ne pas les confondre : légitimer une loi n'est pas l'expliquer, identifier une procédure d'habilitation n'est pas produire une légitimation. On ne peut pas se contenter d'explication et d'habilitation en matière de légitimation : il serait alors difficile d'améliorer le droit qui ne serait plus alors qu'une technique stérile. Rendre raison du droit et plus spécifiquement d'une norme juridique doit demeurer une opération complexe, à trois dimensions (légitimer, habiliter, expliquer) qu'il serait délétère de vouloir simplifier sauf à prendre le risque de s'éloigner des *raisons d'être* du droit.

**Pierre-Yves Quiviger**

Institut des Sciences Juridiques et Philosophiques de la Sorbonne (UMR 8103), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

---

<sup>9</sup> On peut ainsi citer la « disposition préliminaire » du Code civil du Québec, dans son deuxième alinéa : « Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger ».

## Éthique doctrinale rudimentaire

### 1. Doctrine

Dans la littérature juridique, la doctrine est un concept à usage métonymique qui désigne simultanément le discours sur le droit et celui qui le tient. Elle possède la double extension de discours doctrinal prenant la forme de commentaires, traités, manuels écrits ou cours d'amphithéâtre, et celle de communauté universitaire ou corporatiste, elle représente alors une autorité dont la géométrie varie selon les spécialités et le nombre de spécialistes. Les premières rencontres Thémis et Sophia programmées au mois de mars 2020 auraient dû être le théâtre de dialogiques juridiques et de débats philosophiques sur la légitimité des discours normatifs ; nous aurions échangé sur nos pratiques discursives respectives sans esquiver les dimensions éthiques de nos textes ou déontologiques de nos professions, sans refuser de dessiner les contours du rôle que nous assumons. Chercheurs et enseignants. De cette confrontation d'idées auraient pu surgir quelques lumières philosophiques et quelques règles de bonne conduite, mais il faudra se contenter d'un chiasme en guise de plan et de propositions confinées au domaine de Thémis, non débattues par Sophia ; en somme, des tropismes de juriste pétris d'approximations philosophiques.

### I. ÉTHIQUES DE L'ÉCRITURE DOCTRINALE

#### 2. Cognitivisme éthique vs. Non cognitivisme éthique

Les controverses sur l'éthique doctrinale ne sont pas récentes ; je ne vais pas ici remonter aux temps antiques où les pontifes affrontaient les juristes laïcs<sup>1</sup>, ni aux querelles médiévales opposant herméneutes canonistes et civilistes. Les positions et les postures ont changé, mais il est toujours intéressant de se demander ce qu'est un bon jurisconsulte, un juriste « digne-de-ce-nom », celui qui accomplit justement sa mission voire son sacerdoce<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A. SCHIAVONE, *Ius, l'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, 2005 ; M. BREONE, *Storia del diritto romano*, Laterza, 2006.

<sup>2</sup> D'autres points de vue : Ch. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, Paris, PUF, 2009 ; Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004 ; R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, Paris, Lextenso, 2013 ; N. MOLFESSIS, « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 65 ; D. GUTMANN, « La fonction sociale de la doctrine juridique », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 55 ; T. GRUMBACH, « Doctrine et déontologie », *Droit social*, n° 324, 1999 ; G. COUTURIER, « (Pour) la doctrine », in *Les Transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 221-242 ; A. SUPLOT, « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1421 ;

### 3. Marcel Planiol et Georges Ripert

Au début du XX<sup>e</sup> siècle, Marcel Planiol plante un décor qui tient encore debout pour signifier le cadre de la mission dévolue à la doctrine en tant que corps ou communauté culturelle. Les différences ne sont pas significatives entre privatistes et publicistes : les uns, plus ou moins proches des prétoires de la République, des cours d'arbitrage ou des couloirs de la Chancellerie et les autres, plus ou moins proches du Conseil d'État ou du palais Bourbon<sup>3</sup>.

Le jurisconsulte, vraiment digne de ce nom, ne se contente pas de résoudre des questions pratiques ; il *apprécie et juge les lois*. Pour cela, il a besoin de critique, et il ne peut posséder cette qualité que par une culture intellectuelle étendue : l'histoire du droit lui fera connaître l'origine des institutions ; l'économie politique lui en fera voir les résultats pratiques ; la législation comparée lui donnera des points de comparaison empruntés aux législations étrangères. C'est à cette condition seulement que le droit peut remplir sa mission<sup>4</sup>.

Ce qui fait dire à Georges Ripert, en défenseur de l'ordre moral, « *un juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de loi ; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral*<sup>5</sup> ». Il est frappant de voir que la même rhétorique qui coulait chez Planiol au début du siècle dernier et grinçait après-guerre sous la plume de Ripert, est reproduite au XXI<sup>e</sup> siècle pour nourrir le discours de légitimation des ambitions politiques des auteurs.

### 4. Jacques Ghestin et Hugo Barbier

Un fort exemple d'une représentation de la doctrine comme autorité simultanément expertale et politique se donne à lire au numéro 416 de la cinquième édition de l'introduction générale au *Traité de droit civil* dirigé par Jacques Ghestin. Une série de considérations d'ordre éthique et de prescriptions déontologiques dessinent le contour des charges doctrinales :

La doctrine doit porter des jugements de valeur sur le droit. La doctrine n'est pas neutre parce que le droit ne l'est pas. Elle ne doit donc pas ignorer cette réalité et doit veiller constamment à ce que le droit posé soit conforme à la justice. Elle doit toujours avoir un regard critique par rapport aux règles émanant du législateur ou du juge ou encore par rapport aux opinions publiées par ses membres. En un mot, elle doit être engagée. C'est l'un des rôles essentiels de la doctrine que de porter des jugements de valeur sur le droit et de dénoncer avec force tous

---

A. BENADIBA, « Pour une responsabilité éthique et réflexive de la doctrine », *Revue du notariat*, n° 243, 2016. De très nombreuses représentations de la doctrine apparaissent dans les manuels d'introduction générale au droit, voir parmi d'autres, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, Paris, PUF, 2004 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2019 ; J. GHESTIN, H. BARBIER, J.-S. BERGE, *Traité de droit civil*, t. 1, *Introduction générale*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2019 ; F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2020 ; J.-L. AUBERT et É. SA-VAUX, *Introduction au droit*, 18<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2020 ; Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 20<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020.

<sup>3</sup> Ch. JAMIN et F. MELLERAY, *Droit civil et droit administratif, dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Paris, Dalloz, 2018.

<sup>4</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Pichon, 1901, note 224.

<sup>5</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, note 18.

les manquements à la justice. Il n'est pas besoin d'aller très loin dans le passé pour trouver des périodes, certes très difficiles, aux cours desquelles une partie de la doctrine n'a pas toujours mesuré exactement l'étendue de ses devoirs. La doctrine ne peut se limiter à penser *de lege lata*, c'est-à-dire à propos de la loi telle qu'elle existe en droit positif. Elle doit y ajouter des critiques de cette législation et raisonner également *de lege ferenda*, c'est-à-dire au sujet de la loi devant être créée dans la perspective d'une nouvelle législation qui devrait être adoptée<sup>6</sup>.

La participation à un projet de réforme deviendrait-elle une étape obligée du *cursus honorum* des professeurs de droit ? J'ignore s'il s'agit là d'un legs involontaire du doyen Carbonnier à la postérité. Lui, nourri de sociologie wébérienne, représentait dans ses ouvrages la doctrine comme un discours d'autorité distinct des sources du droit, mais fut, dans sa vie de citoyen, maître d'œuvre génial des réformes législatives qui remodelèrent le premier livre du Code civil dans les années 1960 et 1970. Désormais qu'il s'agisse de la littérature proto-législative<sup>7</sup>, d'appels et de pétitions déguisées en analyse<sup>8</sup>, qu'il s'agisse des commentaires des nouvelles réformes du Code civil<sup>9</sup>, du Code du travail ou du Code de l'environnement, ou encore des commentaires des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, un grand nombre d'auteurs assument un discours prescriptif et prédictif, autant qu'un rôle prescripteur et prédicateur politique. Il va de soi que cette abondante littérature prescriptive produite par les propositions *de lege ferenda* n'a rien de scientifique ou d'expertale ; elle ne nous apprend rien sur le droit, mais elle nous apprend beaucoup sur la littérature juridique et sur l'évolution de ses genres littéraires. Un effort de resituation sociologico-historique<sup>10</sup> voire historiographique<sup>11</sup> montre de quels univers culturels les discours juridiques sont issus et de quelles sources ils se nourrissent.

## 5. Kelsen en quête de neutralité

Dénonçant ses contemporains qui « cherchaient à influencer sur la création du droit<sup>12</sup> », H. Kelsen composait une théorie épistémologique et une éthique doctrinale dont l'ambition était d'offrir un outil pour éradiquer de la littérature juridique

---

<sup>6</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER et J.-S. BERGE, *Traité de droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., t. 1, *Introduction générale*, Paris, LGDJ, 2019 ; ce paragraphe ne figure pas dans la quatrième édition de 1994, par J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan.

<sup>7</sup> P. DEUMIER, « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source de droit ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 63.

<sup>8</sup> Ph. FONTANA *et al.*, « François Fillon : appel de juristes contre un coup d'État institutionnel », *Atlantico*, 24 février 2017 [<https://www.atlantico.fr/article/decryptage/francois-fillon-appel-juristes-contre-coup-etat-institutionnel-geoffroy-de-vries-philippe-fontana-andre-decocq>].

<sup>9</sup> D. FENOUILLET, « Les valeurs morales », *Revue de droit constitutionnel*, 2016, n° 3, p. 589.

<sup>10</sup> J.-L. HALPERIN et F. AUDREN, *La culture juridique française : entre mythes et réalités, XIX et XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, CNRS, 2014.

<sup>11</sup> P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971 ; C.M. HERRERA et A. LE PILLOUER (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Éd. Kimé, 2012 ; M. DEVINAT, « Réflexion sur l'apport de l'ouvrage *Comment on écrit l'histoire sur la formation et la recherche en droit* », *Les cahiers du droit*, vol. 52, 2011, p. 659.

<sup>12</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1962 [1960], p. 463.



les « soi-disant méthodes d'interprétation<sup>13</sup> » destinées à « présenter faussement comme une vérité scientifique, ce qui n'est en réalité qu'un simple jugement de valeur politique<sup>14</sup> ». La théorie de doctrine exposée aux dernières pages de la deuxième version de *la théorie pure du droit* induit une éthique doctrinale, et dessine les traits de la légitimité et de l'illégitimité à parler au nom de la science. Naturellement, les lourdes accusations proférées par Kelsen à l'encontre de ses contemporains ont produit une réaction bien compréhensible de la part de ceux qui se pensaient visés, et qui s'employèrent à montrer que la quête de neutralité scientifique qui animait la *théorie pure du droit* aura échouée ou se sera bercée d'illusions<sup>15</sup>.

## 6. Légitimité vs. liberté d'expression

Pour autant, tout en accusant les juristes de son temps de méthodes fallacieuses dissimulant sous leurs robes les conditions de leurs énoncés, Kelsen constatait qu'« on ne pouvait naturellement pas le leur interdire », même si « jamais ils n'ont le droit de le faire au nom de la science juridique<sup>16</sup> ». La liberté d'expression politique n'est donc pas affaire de science : le discours de science doit chercher à se rendre indépendant du sujet, à se libérer de ses représentations morales ou de ses affects confessionnels ou politiques. La neutralité scientifique serait-elle une inatteignable asymptote filant vers l'infini, l'éthique kelsénienne commande de poursuivre la quête. Mais très clairement, cela n'implique aucunement de renoncer à la liberté d'expression politique ; le sujet politique qu'il fasse profession d'artiste ou de scientifique, qu'il professe le droit ou la philosophie morale, doit profiter de l'espace de libre expression qui lui est accordé, et même en gagner davantage si cet espace est restreint<sup>17</sup>. Mais à quel titre doit-il s'exprimer ? Ni au nom d'une communauté dont il s'auto-instituerait représentant<sup>18</sup>, ni au nom de la science, fût-elle

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 458.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 462-463 : « Un commentaire scientifique doit se borner à indiquer les interprétations possibles d'une norme. Il ne peut pas décider que telle d'entre elles est la seule correcte ou la seule juste. Cette décision est un acte de volonté incombant exclusivement à l'organe qui a la compétence d'appliquer la norme en en créant une nouvelle. La plupart des commentaires qui se disent scientifiques sont en réalité des ouvrages de politique juridique » ; également : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. H. Thévenaz, Chêne-Bourg, La Baconnière, 1988 [1953], p. 140 ; *Id.*, *Théorie générale des normes* (1979), trad. fr. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, chap. 28, p. 155.

<sup>15</sup> Tour critique de l'actualité de Hans Kelsen, dans Th. HOCHMANN, X. MAGNON et R. PONSARD, *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare & Martin, 2019.

<sup>16</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1962 [1960], p. 463 : « La doctrine juridique ne peut poser des actes formateurs de droit, car les actes formateurs de droit sont des actes de volonté, tandis que la science du droit ou la doctrine juridique est une fonction de connaissance et non de volonté. La doctrine juridique peut seulement énoncer qu'une certaine norme juridique est valide ; elle peut seulement décrire les relations entre des normes juridiques, ou entre des normes juridiques et d'autres normes, mais elle ne peut pas rendre valides des normes juridiques ou les priver de validité. Seule une autorité juridique, comme le législateur ou le juge, peut le faire ».

<sup>17</sup> H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Paris, Sirey, 1932 (rééd. : Paris, Dalloz 2004).

<sup>18</sup> Ce prétendu pouvoir de représentation s'annonce par des propositions jamais vérifiées, le plus souvent invérifiables : « La doctrine unanime », « la doctrine majoritaire » dénonçant « une certaine doctrine minoritaire », voir M. BOUDOT, *Le dogme de la solution unique*, thèse de doctorat de droit privé, dir. O. Pfersmann, Univ. Aix-Marseille III, 1999, n° 165 *sqq.*



de la science politique et juridique. Le sujet politique s'exprime en son seul nom, sans les attributs de ses titres académiques. Dans cette perspective, lorsque le discours du jurisconsulte constituera un jugement de valeur politique, une proposition axiologique témoignant de ses affects et de sa sensibilité, lorsqu'il se prononcera sur le contenu politique d'un énoncé juridique ou sur l'opportunité d'une règle, l'apposition du titre académique à l'identité de l'auteur aura un double effet de discrédit personnel et de délégitimation scientifique. Automatiquement, sans nul besoin de montrer les servitudes de l'auteur à l'égard de la cause défendue.

## 7. Difficultés pratiques

Mettre en garde le législateur contre les conséquences dogmatiques d'une loi nouvelle, c'est un travail d'analyse qui est demandé aux experts du droit pour qu'ils évaluent les qualités techniques d'un texte, et de ce point de vue, le magistère du professeur conjugue souvent travail d'expertise juridique et appréciation des contenus à l'aune des principes qui gouvernent le système juridique. Cela vaut autant pour une réforme du droit de la famille ou de la procédure pénale aux forts accents militants que pour la réforme du régime général de l'obligation qui pourrait sembler politiquement neutre.

## 8. Décriture

Vincent Forray et Sébastien Pimont ont proposé récemment un outil d'analyse des discours juridiques qu'ils ont nommé *théorie de la décriture*<sup>19</sup> pour signifier que la littérature juridique dans son ensemble produisait une accumulation de concepts et usages conceptuels qui s'amalgament et s'étendent, se distinguent et rétrécissent, s'inventent et se renouvellent dans de nouveaux genres ou de vieilles histoires. De cet ensemble d'écrits surgirait *le droit*. Ce ne serait pas un objet posé *a priori*, stipulé pour être étudié par un discours de science, mais au contraire le résultat spontané de cette littérature théorique et pratique, hétérogène et controversiste, un résultat formalisé par une instance collective maîtrisant un système de symboles, à savoir la doctrine en tant que communauté culturelle, capable de décrire et de réécrire sans cesse jusqu'à transformer *le droit*<sup>20</sup>. Pour ou contre cette théorie post-hayekienne n'est pas l'objet de mon propos, mais ses auteurs abordent sans trembler la question de la responsabilité morale des juristes à travers le raisonnement suivant :

1° L'activité la plus typique de la connaissance juridique – la description du droit – est politiquement signifiante<sup>21</sup> ;

2° La doctrine en tant que communauté culturelle produisant des écrits, constitue une instance collective de production du droit alternative aux institutions constitutionnelles ;

<sup>19</sup> V. FORRAY et S. PIMONT, *Décrire le droit et le transformer. Essai sur la décriture du droit*, Paris, Dalloz, 2017.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 344 : « [Les juristes participent] à une force formalisante qui fait être le droit selon les dispositions de l'écriture et contribue[nt] ainsi à la constitution d'un ordre juridique spontané ».

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 344 : « Les textes descriptifs font être le droit dans un certain état par le seul fait de leur écriture. En conséquence, que le juriste décrivant engage où s'abstienne absolument d'engager dans son texte une position politique, il n'en reste pas moins que ce texte contribue à la production des effets politiques de la décriture ».

3° Le juriste conscient que sa participation au processus alternatif de formalisation du droit, répond des conséquences politiques de son discours ;

4° Cette responsabilité individuelle (qui n'est ni civile, ni pénale, mais morale) implique que soit adoptée une conduite éthique d'écriture.

Que veut dire écrire éthiquement un texte descriptif du droit ? Cela signifie d'abord considérer son écriture de manière à assumer la transformation qu'elle fait subir au droit dont on cherche à exprimer la compréhension. Assumer à la différence de subir, c'est embrasser volontairement les conséquences du texte que l'on produit [...]. Fondamentalement, l'éthique dans l'écriture du droit entraîne le juriste dans le processus d'une décision qu'il doit prendre quant à son écriture [...].

La première décision éthique, nous disent Vincent Forray et Sébastien Pimont est de refuser d'écrire<sup>22</sup> : ne pas décrire les dispositions des lois que l'on juge iniques.

La deuxième décision tout aussi radicale serait d'accepter l'effet de neutralisation (banalisation) du contenu politique des dispositions commentées, une neutralisation augmentant avec la technicité du discours employée.

Une troisième décision serait de dé-historiciser ou inversement de ré-historiciser l'objet de la description. La dé-historicisation « produit l'occultation des liens qui expliquent de manière causale le sens non juridique de l'énoncé premier (sens politique, social, philosophique...) »<sup>23</sup>, elle conduit à une technicisation du discours, alors que la ré-historicisation restitue l'énoncé décrit dans une pluralité des significations possibles.

Une dernière décision possible est celle d'une imputation établissant entre « l'énoncé à décrire et l'énoncé qui décrit, des liens conformes à la logique juridique<sup>24</sup> ». C'est une décision stratégique qui consiste à imputer l'énoncé en examen à une littérature autre que celle où il est ordinairement référencé, ce qui permet d'en déduire des conséquences interprétatives obéissant à une logique différente. En conclusion de leurs propos, V. Forray et S. Pimont affirment que « les diverses stratégies de déécriture qui font suite à la prise de conscience d'une responsabilité du juriste écrivant suggère au bout du compte l'institution d'une norme à laquelle s'attache l'obligation éthique des auteurs ». S'appuyant sur M. Foucault, ils nous invitent à « l'art de l'inservitude volontaire, celui de l'indocilité réfléchie » pour dessiner une critique interne du droit<sup>25</sup>.

## II. ÉCRITURE D'UNE ETHIQUE DOCTRINALE

### 9. Style

Avant de prétendre débattre du rôle des auteurs ou de la mission de la doctrine, qui plus est si l'ambition ultime était d'en légitimer ou diriger la recherche par des règles de bonne conduite, il faudrait pouvoir commencer à débrouiller les fils des

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 353.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 357.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 359.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 365.

usages hétérogènes et polysémiques de *doctrine* en tant que discours. Déjà les difficultés stylistiques sont ardues. En utilisant tel type de formules plutôt que tel autre, ce que Gilles Granger appelle un style<sup>26</sup>, les efforts de neutralité théorique d'un auteur<sup>27</sup> peuvent être d'emblée disqualifiés en tentatives de manipulation, par un lecteur qui lui prêterait un certain type d'intention, intention que lui-même aura projetée sur le style choisi. Ils peuvent aussi et inversement être valorisés par celui qui se reconnaît dans ce style, ou bien, mi-figue, mi-raisin, ignorés par celui qui serait hermétique au galimatias de l'auteur<sup>28</sup>. Quand il s'agit de théorie des discours juridiques, les lecteurs qui restent sont en général peu nombreux.

## 10. Position de départ

La doctrine juridique est un discours qui a pour objet d'élucider les conditions des *énoncés* juridiques, à savoir du discours que l'on appelle « droit ». Et comme tout discours de niveau N qui a pour objet d'élucider les conditions des *énoncés* de niveau N-1, il est analytique lorsqu'il maintient l'extériorité du discours de niveau N ; il est rhétorique lorsqu'il promet un effet d'adhésion à l'une des positions analysées<sup>29</sup>.

Pour être plus précis, il faudrait aussi distinguer l'énonciation de l'énoncé<sup>30</sup>. L'*énonciation* est l'acte comportemental d'*énoncer* ; l'énoncé est le produit de cette énonciation à savoir les paroles, dont le contenu sera signifié entre guillemets dans une transcription du discours. Énoncer, c'est faire une énonciation et c'est un fait, mais l'énoncé produit par l'énonciation peut être lui-même un fait, et c'est un fait différent. *Comment faire des choses avec des mots ?* C'est ce qu'a mis en évidence John L. Austin dans son célèbre ouvrage *Quand dire, c'est faire*<sup>31</sup>. Certains actes de

<sup>26</sup> G.G. GRANGER, *Essai d'une philosophie du style*, Paris, Armand Colin, 1968.

<sup>27</sup> D. LOCHAK, « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », *Le Genre Humain*, n° 30-31, *Le droit antisémite de Vichy*, été-automne 1996, p. 433 ; *Id.*, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, LGDJ, 1994, p. 298 ; et M. TROPER, « La doctrine et le positivisme (À propos d'un article de Danièle Lochak) », in *Les usages sociaux du droit*, Amiens, Paris, CURAPP, PUF, 1989 ; M. TROPER, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, *op. cit.* ; pour répondre à la question de savoir si le positivisme kelsénien a participé d'une certaine manière à la justification de la passivité ou du militantisme des juristes allemands pendant la période nazi, il ne suffit pas de s'en tenir aux biographies des uns et des autres qui mettent en récit l'histoire de leurs actions, il faut aussi resituer leurs textes dans leur environnement contextuel et conceptuel, voir pour cela : O. JOUANJAN, « Qu'est-ce qu'un discours "juridique" nazi ? », *Le Débat*, n° 178, 2014/1, p. 160-177.

<sup>28</sup> F. TERRE, « La doctrine de la doctrine », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, Litec, Dalloz, 2006, p. 59-74 ; *Id.*, « À propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *Revue de droit d'Assas*, n° 3, févr. 2011, p. 38.

<sup>29</sup> M. BOUDOT, « Doctrine de la doctrine de la doctrine... Réflexions sur la suite des points de vue méta - ... - juridiques », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, p. 35-47.

<sup>30</sup> F. RECANATI, *La transparence et l'énonciation. Pour introduire à la pragmatique*, Paris, Seuil, 1979.

<sup>31</sup> J.L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970 [1962] ; expliqué aux juristes par P. AMSELEK (dir.), *Théorie des actes du langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986 ; également, P. BOURDIEU, « Le discours juridique est une parole créatrice, qui fait ce qu'elle énonce. Elle est la limite vers laquelle tendent tous les énoncés performatifs » (P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, p. 21).

parole décrivent le monde et certains expriment une action. Sur la base de cette distinction primaire des actes constatifs et des actes performatifs, retravaillée, contestée, reformulée, par Austin lui-même, ses successeurs<sup>32</sup> et ses critiques<sup>33</sup>, la philosophie analytique est parvenue à une trichotomie des actes de langage :

1° Les actes locutoires sont tous ceux qui consistent simplement dans le fait de dire quelque chose qui a un sens et une structure grammaticale, indépendamment du contenu de l'énonciation ou du destinataire ;

2° Les actes illocutoires sont ceux qui, adressés à un destinataire, consistent à faire une action en disant quelque chose et à raison de la signification de ce que l'on dit ;

3° Les actes perlocutoires sont ceux qui provoquent une réaction ou un effet psychologique (perlocutoire) de l'adressataire, par le fait d'avoir dit quelque chose et en raison de ce qui est dit.

Si l'on suit la taxinomie développée par John Searle, 12 critères affectant les formes verbales dans les langues européennes permettent de distinguer parmi les énoncés linguistiques : les trois premiers – les plus importants – sont leur but, la direction d'ajustement des paroles au monde qui est la conséquence du but, et l'état psychologique exprimé<sup>34</sup>. Par exemple, « le but d'une description est qu'elle soit une représentation vraie ou fausse, précise ou imprécise, de quelque chose<sup>35</sup> ». Mais une description indique aussi une direction : l'énoncé assertif ou descriptif s'ajuste au monde, et le locuteur peut croire ou ne pas croire la description qu'il fait. Autre exemple, le but d'un commandement ou d'une prescription en général, ce que Searle nomme un acte directif, est d'obtenir de l'adressataire, qu'il y obéisse ; la direction d'ajustement au monde est inverse de celle de la description en ce sens que le locuteur entend obtenir que le monde s'ajuste à ses paroles. La prescription indique le désir (ou la volonté) du locuteur. Les assertifs et les directifs forment les deux premières catégories sur les cinq qu'il propose, de la taxinomie des actes de langage ; Searle propose trois autres catégories :

- Les promissifs ou commissifs qui engagent le locuteur à raison de « l'obligation contractée de réaliser une action future » (par exemple une promesse) et qui prescrivent l'ajustement du monde aux mots, ils sont sincères ou non ;

- Les expressifs qui expriment l'état psychologique du locuteur spécifié dans la condition de sincérité.

La cinquième catégorie, très spécifique<sup>36</sup> et très utile pour l'analyse notamment des jugements, est formée par les déclarations (comme par exemple une déclaration de guerre). Lorsqu'un acte a un but illocutoire déclaratif, « la direction d'ajustement va à la fois des mots au monde et du monde aux mots, en raison du caractère particulier des déclarations ». Si l'arbitre de football siffle hors-jeu, ou si le juge déclare le prévenu coupable, il y a hors-jeu du point de vue du football, ou culpabilité du point de vue judiciaire, quelle que soit la vérité ou la fausseté de la déclai-

<sup>32</sup> J.R. SEARLE, *Les actes de langage*, Paris, Hermann, 1972 [1969] ; F. RECANATI, *Les énoncés performatifs*, Paris, Minuit, 1982 ; D. VANDERVEKEN, *Les actes de discours*, Bruxelles, Mardaga, 1988.

<sup>33</sup> D. SPERBER et D. WILSON, *La pertinence : communication et cognition*, Paris, Minuit, 1989.

<sup>34</sup> J.R. SEARLE, *Les actes de langage*, op. cit., Chap. 3.

<sup>35</sup> J.R. SEARLE, *Sens et expression*, Paris, Minuit, 1982 [1979], p. 39 sqq.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 56 sqq.

ration (une fois devenue définitive). Ces déclarations expriment à la fois une assertion qui décrit la position de hors-jeu ou la culpabilité, elles s'ajustent au monde ; mais simultanément, elles modifient le monde qui s'ajuste à elles ; elles se décomposent en une description et une prescription. Le joueur déclaré 'hors-jeu' est hors-jeu quelle que fût sa position réelle sur le terrain.

## 11. Doctrine juridique

Quand il s'agit d'analyser la loi ou les jugements, le discours des juristes se concentre principalement sur la deuxième et la cinquième catégories : les prescriptifs et les déclarations ; quand il analyse les contrats ou les testaments, il se concentre principalement sur les promissifs ; quand il analyse le discours sur la preuve des faits, il se concentre sur les assertifs ou descriptifs. Quant aux expressifs, leur examen est sans doute marginal : le législateur, le juge, le contractant, le testateur, le plaignant s'expriment rarement au moyen de formes verbales de ce type. On ne rencontrera probablement pas d'arrêt de cassation *remerciant* le demandeur d'avoir formé un pourvoi, *s'excusant* de devoir le rejeter ou le *félicitant* d'avoir convaincu la Cour. On rencontrera sans doute plus souvent des testaments, voire des contrats, exprimant l'état de félicité ou de méfiance du rédacteur ; en revanche, il n'est pas rare que des plaideurs *déplorent* le sort qui leur fut réservé en première instance. Néanmoins, les expressifs méritent d'être distingués selon que leur usage est linguistique ou métalinguistique, à savoir dans l'énoncé juridique ou dans le commentaire doctrinal : en effet, il n'est pas rare que ceux qui parlent de droit utilisent des expressifs pour *saluer*, *approuver* ou *désapprouver* une loi ou un jugement. D'un point de vue linguistique, un tel verbe expressif exprime seulement l'état mental de l'auteur, sans direction d'ajustement : approuver un fait advenu, ce n'est pas prescrire qu'il advienne. Mais d'un point de vue métalinguistique, il s'agit d'un jugement sur la valeur de l'énoncé linguistique et cela le drape d'un caractère rhétorique lorsqu'il peut être paraphrasé en un énoncé directif.

En somme, les énoncés analytiques sont les descriptifs ou assertifs, qui ont seulement pour but de s'ajuster au monde ; ils possèdent une valeur de vérité, à savoir qu'ils sont vérifiables ou falsifiables. Par opposition, les énoncés rhétoriques sont les directifs ou prescriptifs, auxquels se joignent les promissifs et les déclarations dans leur dimension prescriptive, et ont pour but que le monde s'ajuste à eux ; ils sont dépourvus de valeur de vérité, puisqu'ils ne sont ni vrais, ni faux. Le discours doctrinal a pour objet d'analyser les énoncés émanant de ce que la dogmatique contemporaine nomme « sources du droit » ; en tant qu'il constitue un discours sur un discours, la doctrine sera regardée comme un méta-discours.

En suivant Riccardo Guastini,

1° l'énoncé descriptif requiert de l'auditeur (ou du lecteur) une réaction de type *théorique ou cognitif* : croire vraie ou fausse la proposition<sup>37</sup>. Le discours descriptif de niveau N vise à décrire le monde tel qu'il est ou tel qu'il se présente à l'esprit du locuteur : il représente le monde et s'ajuste à lui. Il n'y a pas de jeu de mots avec *présent* utilisé comme radical. La description se situe dans un temps qui est *le présent* à la différence de la prédiction qui prédit un futur, ou de la rétrodictio qui rétrodit un passé. Le verbe « décrire » est pourtant utilisé en français de manière

---

<sup>37</sup> R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Turin, Giappichelli, 2011, p. 30 ; également, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in A. CICU et F. MESSINEO (dir.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milan, Giuffrè, 2010, p. 8.

générique pour les trois temps, parce que « prédire », c'est décrire au présent une représentation que l'on a du « futur », et « rétrodire » c'est décrire au présent une représentation que l'on a du « passé ». Mais en toutes hypothèses, les énoncés descriptifs sont vrais ou faux, si ce n'est la possibilité ou l'impossibilité matérielle de les vérifier ou de les falsifier.

2° *l'énoncé prescriptif requiert une réaction de type pratique* : obéir à la prescription. Le discours prescriptif de niveau N vise à changer les conditions de la description de la réalité prise pour objet : en changeant la réalité extralinguistique pour une prescription de niveau 1, en changeant les conditions d'analyse des réalités linguistiques pour les niveaux suivants.

3° un énoncé de niveau N qui s'analyse à la fois *comme descriptif et prescriptif est ambigu*. On peut distinguer l'énoncé ambigu de l'énoncé polysémique ou polyvoque car il ne se réduit pas à une collection d'énoncés univoques. C'est une propriété intrinsèque des discours auto-référentiels de nouer de manière soit indicible, soit contradictoire, soit prohibée, des relations conceptuelles supposément incompatibles. « L'ambiguïté, c'est le problème du sens multiple en sa diversité irréductible, en sa possibilité même<sup>38</sup> ». Mais lorsqu'il est autoréférentiel, le discours qui décrit l'ambiguïté dénoncée, prescrit un déni dans les termes du débat posé, et revient à exposer que les modalités positives d'énonciation des questions sont insusceptibles de produire des réponses satisfaisantes, justes, raisonnées ou cohérentes, tout en invitant à une recomposition du débat et de ses éléments.

## 12. Théorème

Le discours doctrinal, qualifié de discours « métajuridique », combine deux profils, l'un analytique (qui décrit), l'autre rhétorique (qui prescrit) ; le discours sur la doctrine, formant un discours "méta-doctrinal" ou une théorie de la doctrine, observe lui-aussi un double profil analytique et rhétorique ; le discours relatif aux théories de la doctrine, "méta-méta-doctrinal", qui raconte la théorie des théories, l'histoire de la pensée juridique, ou l'épistémologie juridique, observe encore un double profil analytique et rhétorique, et ainsi de suite en passant par un discours que l'on peut qualifier de philosophique, lui-aussi à la fois, savoir et action<sup>39</sup>, puis l'histoire de la philosophie, l'histoire de l'histoire de la philosophie et la philosophie de l'histoire de la philosophie<sup>40</sup>. Et ainsi de suite... on pourra aussi s'interroger sur les implications morales de la théorie des actes de langage<sup>41</sup>.

## 13. Éthique

Si donc la quête de pure neutralité est vaine, ou à tout le moins elle est rendue largement illusoire ou désespérante, il reste aux jurisconsultes qui se prétendraient

---

<sup>38</sup> D. VERNANT, « Ambiguïté », *Les notions philosophiques*, t. 1, Paris, PUF, 1991, C. FUCHS, *L'ambiguïté du français*, Grenoble, Ophrys, 1996.

<sup>39</sup> G.G. GRANGER, *Pour la connaissance philosophique*, Paris, Odile Jacob, 1988, p. 151 *sqq.*

<sup>40</sup> M. GUEROUlt, *Histoire de l'histoire de la philosophie*, Paris, Aubier, 1984-1988 ; *Id.*, *Philosophie de l'histoire de la philosophie*, Paris, Aubier Montaigne, 1979.

<sup>41</sup> P. RICŒUR, « Les implications de la théorie des actes du langage pour la théorie générale de l'éthique », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie des actes du langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 92 *sqq.*



dignes de ce nom, la tâche purement éthique de présenter et ne pas taire les conditions de leurs propres énoncés, fussent-ils des jugements de valeur sur le droit. Dit autrement, c'est bien parce que la neutralité du discours ne se proclame pas d'autorité qu'une éthique du discours est rendue nécessaire. Que cette éthique devienne *déontologie* ou *loi* est une question que je n'aborderai pas ici malgré la pression de l'actualité<sup>42</sup>. Une éthique de l'écriture doctrinale consistera *a minima* à éclairer la congruence des profils analytique et rhétorique des discours juridiques, dans le but de dénoncer et de lever autant qu'il est possible, les ambiguïtés linguistiques ou d'en éclairer les postulats d'arrière-plan<sup>43</sup>. *A minima* toujours, les discours d'analyse sont légitimés par l'honnêteté intellectuelle, laquelle « ne consiste pas à se retrancher sur sa position mais au contraire à spécifier avec précision dans quelles conditions on accepterait de l'abandonner<sup>44</sup> ».

#### 14. Situation pratique

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe aura offert plusieurs chapitres importants pour la compréhension de la littérature juridique au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle. Quelques semaines avant l'adoption de la loi, les manifestations de la rue ont porté les voix de 170 professeurs de droit appelant les sénateurs de la République à se prononcer contre l'adoption de la loi<sup>45</sup> ; restée sourde, la Chambre Haute a voté, et la loi fut adoptée. L'appel des 170, diffusé abondamment sur internet, eut un écho polémique publié sur le site internet *Raison publique* sous le titre « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! » co-signé par quatre professeurs de droit public<sup>46</sup>, publié à nouveau au Recueil Dalloz sous le titre « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler “au nom du Droit” ? » pourvu d'une réplique par droit de réponse rédigée par quatre autres

---

<sup>42</sup> Avis du collège de déontologie de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation du 14 décembre 2020 : « Une publication en partie inspirée par une expérience d'expert, de conseil ou d'avocat qui dissimulerait cette expérience au lecteur méconnaîtrait ces règles et ces impératifs. La transparence s'impose pour éviter la suspicion comme pour garantir l'honnêteté intellectuelle de la publication. Aussi le collège demande-t-il aux enseignants-chercheurs de témoigner de la prudence et de s'interroger suffisamment avant de publier un texte dont le contenu est en lien avec leurs activités de conseil, d'expert ou d'avocat. Il leur rappelle que, s'ils envisagent une telle publication, il leur incombe, à peine de méconnaître leurs obligations déontologiques, de signaler en toute hypothèse aux éditeurs et de demander à ceux-ci d'indiquer aux lecteurs les éventuelles activités d'expert, de conseil ou d'avocat qu'ils ont pu avoir dès lors que ces activités présentent un lien quelconque avec leur projet publication. Il recommande aux éditeurs de faire preuve à cet égard de vigilance ». Projet de LPR, C. éducation, Art. L. 211-2. – Les travaux de recherche, [...] respectent les exigences de l'intégrité scientifique visant à garantir leur caractère honnête et scientifiquement rigoureux et à consolider le lien de confiance avec la société.

<sup>43</sup> Sur les théories d'arrière-plan, voir D. VERNANT, *Introduction à la philosophie de la logique*, Bruxelles, Mardaga, 1986, p.101 *sqq.*

<sup>44</sup> I. LAKATOS, *Histoire et méthodologie des sciences*, Paris, PUF, 1994, p. 2 (l'auteur explique ici la logique de la découverte scientifique de Karl Popper).

<sup>45</sup> « Mariage pour tous : 170 juristes appellent à voter contre », *Le Parisien*, 13 mars 2013 [<https://www.leparisien.fr/societe/mariage-pour-tous-170-juristes-appellent-a-voter-contre-16-03-2013-2645441.php>] (consulté le 15 janvier 2021).

<sup>46</sup> E. MILLARD, P. BRUNET, S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! », *Raison publique*, 2013.

collègues, signataires de l'appel<sup>47</sup>. Ceci appelle quelques précisions pour que les choses soient claires.

Première précision (description d'affects). Mon point de vue de citoyen, fondé sur ma sensibilité affective, confessionnelle et politique est que la loi du 17 mai 2013 est une loi que j'aurais pu voter, parce que je ne voyais pas en elle le moteur d'un changement civilisationnel funeste, mais seulement le résultat d'un changement déjà advenu, et dont la reconnaissance ne mettait pas en péril ma représentation du monde, ni ma vision du futur dans lequel j'entends que mes enfants aient une place qui ne leur soit pas imposée. Je ne dirais pas la même chose de la gestation pour autrui (non adoptée) ou de la reconnaissance de la sensibilité de l'animal (adoptée) qui dessinent un autre avenir, mais n'ayant pas un tempérament réactionnaire, je ne descendrai pas dans la rue pour demander à ce que l'on retire à l'animal le statut que lui a accordé la loi du 16 février 2015.

Deuxième précision (description d'un fait). Mon point de vue de juriste est que les deux lois précitées sont des lois que je n'ai pas votées parce qu'en France, les citoyens qui ne sont pas parlementaires, ne votent pas les lois<sup>48</sup>.

Troisième précision (dénonciation de conflits). Je n'appartiens à aucune œuvre ou loge, aucun club ou réseau quelconque qui puisse nourrir le soupçon d'une allégeance envers aucun des 170 signataires de la pétition, des 4 de Nanterre, et des auteurs du droit de réponse. Je n'ai aucun conflit académique ou judiciaire à déclarer, ni relations familiales, ni relations d'allégeance ou de créance envers les 170 signataires de la pétition, les 4 de Nanterre, et les auteurs du droit de réponse. Parmi eux se trouvent des collègues et des maîtres fréquentés à Aix-en-Provence, à Poitiers ou rencontrés ailleurs, pour qui je nourris affection et/ou admiration universitaire ; je ne connais Alain Supiot qu'à travers ses écrits.

Quatrième précision (positionnement théologico-philosophique). Je me considère comme athée dans le sens où je crois que les panthéons ou les dieux uniques sont des inventions de l'esprit humain<sup>49</sup>. J'adhère à une philosophie morale sceptique et non cognitiviste car rien jusqu'à présent ne m'a permis de croire que les valeurs morales étaient objectivement connaissables. Cela ne signifie pas que je n'ai pas d'opinions politiques radicales ou inversement des doutes sur la nature des choses : je pense seulement qu'elles ne sont pas universalisables au nom de la connaissance objective.

Cinquième précision (reconnaissance d'honnêteté et crédibilité). J'accorde du crédit, et me laisse convaincre de resituer mes opinions par qui, comme Alain Sériaux, s'efforce d'exprimer clairement les fondements (théo)logico-philosophiques

---

<sup>47</sup> E. MILLARD, P. BRUNET, S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du Droit" ? », *Revue Dalloz*, 2013, p. 784 ; Droit de réponse de B. DAUGERON, A.-M. LE POURHET, J. ROUX et Ph. STOFFEL-MUNCK, « Droit de réponse : Mariage pour tous, silence pour quelques-uns... ».

<sup>48</sup> Cf. F. CHENEDE, « De la conception du droit à la fonction de juriste », in *La place du juriste face à la norme. Journées nationales*, Rennes, Dalloz, 2012, p. 7.

<sup>49</sup> T. RÖMER, *L'invention de Dieu*, Paris, Seuil, 2014 ; B. RUSSEL, *Why I Am Not A Christian*, New York, Simon & Schuster, 1986 [1927].



de ses propres positions, même si je ne dis pas avec lui qu'« il n'est de science exacte que du droit naturel en définitive<sup>50</sup> ».

## 15. Le débat

En premier rideau, les arguments développés par les 4 de Nanterre ne portaient pas sur le contenu du débat politique soumis à l'examen des Sénateurs, puisqu'il aurait très bien pu s'agir de la très sensible réforme du Code du travail<sup>51</sup>, de la très consensuelle proposition de loi sur la diplomatie des Outre-mer, ou d'un très quelconque projet de loi de transposition d'une directive européenne tout aussi quelconque. Elle visait les niveaux de discours sur le droit et leur coloration axiologique. L'injonction faite par ces auteurs « Juristes, taisons-nous ! » s'analyse en une prescription dont les adressataires sont les juristes, sans plus de précision, mais cette proposition peut se décomposer :

1° Les juristes ne portent pas des jugements de valeur sur des avant-projets à savoir qu'il n'est pas légitime pour un juriste de porter un jugement de valeur sur un avant-projet ;

2° Celui qui porte un jugement de valeur sur un avant-projet n'est pas un juriste, à savoir il n'est pas légitime à se qualifier tel à cette occasion.

Le concept de « juriste » a été d'abord employé dans la déclaration des 170, lesquels se qualifient ainsi.

Nous, soussignés 170 professeurs et maîtres de conférences en droit des Universités françaises, juristes de droit privé, de droit public et historiens du droit, il nous appartient de vous faire savoir que le projet de loi [...], adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, implique un bouleversement profond du Droit [...].

On notera que par leur injonction, les 4 se comptent également parmi les juristes (Taisons-nous, et non Taisez-vous) : on dénombre alors 174 participants à ce débat, lesquels sont tous universitaires. Ils ne sont ni praticiens, ni acteurs de la vie politique et des affaires, ni étudiants : ce sont des scientifiques, qui donnent des leçons de droit, au sens où ceux-ci produisent censément un discours de connaissance objective, à savoir un discours analytique sur le droit. La pratique professionnelle des juristes à savoir des détenteurs de savoir juridique, consiste à produire de l'expertise juridique et à en enseigner les méthodes. Mais sont-ils légitimes pour donner leur opinion politique en conclusion de leur expertise ? Et à quel titre ?

En second rideau, une polémique de ce genre, même si elle est plutôt rare dans la littérature juridique française contemporaine, révèle un point essentiel : le même débat entre « juristes » peut être un débat purement technique sur l'articulation de deux régimes juridiques applicables simultanément à un même objet, et se nourrir d'argument d'autorité questionnant la légitimité du locuteur. Même si cela est rare (on peut l'espérer), il arrive qu'un auteur déploie dans des ouvrages ou des revues des arguments sur commande ou de connivence avec des lobbys. Les conflits d'intérêts et les impostures existent dans la littérature juridique comme partout, et c'est

<sup>50</sup> A. SERIAUX, *Le droit, une introduction*, Paris, Ellipses, 1997, p. 229, où la recherche empirique de la médiété aristotélicienne que constitue la Justice, entre un excès et un défaut, fait dire naturellement à l'auteur que « la Prudence qui profère le jugement sait qu'elle peut se tromper », (A. SERIAUX, *Le droit comme langage*, LexisNexis, 2020, p. 32).

<sup>51</sup> E. DOCKES et GR-PACT, *Proposition de Code du Travail*, Paris, Dalloz, 2017.

bien une question éthique de les prévenir, l'injonction vaut donc autant pour le militant des droits-de-l'animal que pour le conseiller juridique des sociétés du groupe « Polluer plus pour gagner plus ». Le militant comme l'opportuniste utilise l'amalgame des niveaux de discours pour asseoir son autorité et afficher sa compétence, et plus loin, la tentation est grande pour l'analyste de se convaincre de sa propre neutralité pour prescrire les bonnes conduites à tenir et les bonnes lois à fabriquer. C'est là que se situe la fracture, elle est éthique, ou plutôt méta-éthique.

## 16. Non-cognitivisme éthique

D'un côté, le reproche adressé par les 4 aux 170 est de s'être drapé des oripeaux de la connaissance objective pour produire non pas un discours analytique mais des prescriptions d'ordres politique et moral, à savoir relevant purement de leur subjectivité et de leurs affects de citoyens ou de croyants. Les valeurs morales n'étant pas objectivement connaissables, les 4 ne disaient pas : « Citoyens, taisons-nous ! », mais en paraphrasant, « Citoyens, ne nous abritons pas derrière l'autorité de notre robe pour tirer de notre expertise scientifique des leçons de morale ! » En ce sens, si les 170 avaient signé de leurs seuls nom et prénom, il n'y aurait pas eu de polémique. Les juristes doivent se taire pour laisser les citoyens parler.

## 17. Cognitivisme éthique

De l'autre côté, les 170 ne se regardaient évidemment pas comme illégitimes à mettre en garde les Sénateurs contre les conséquences dogmatiques de la loi nouvelle ; ils en faisaient même l'un des attributs de leur mission. Les valeurs morales étant objectivement connaissables dans cette conception du rôle de la doctrine, l'expertise scientifique ne doit certainement pas s'arrêter au seuil d'un jugement de valeur sur la pertinence d'une proposition ou d'une décision, mais elle l'implique : le juriste est donc celui qui apprécie et juge les lois, il prononce à leur endroit un jugement de compatibilité avec le système dogmatique et les valeurs qui véhiculent.

## 18. À propos de ce débat

Dans son article « Ontologie et déontologie de la doctrine », publié peu de temps après au *Recueil Dalloz*<sup>52</sup>, Alain Supiot faisait la critique des positions tenues par les auteurs du débat précédent : comme eux, il cherchait à répondre à la même double interrogation « de nature ontologique : que faut-il entendre par doctrine juridique ; et de nature déontologique : qu'implique pour les juristes le principe d'indépendance de la recherche universitaire ? »

Le point de vue est – disons – anthropologique ; il s'agit de définir la doctrine en tenant compte du fait que la description d'un fait extralinguistique ou celle d'un énoncé linguistique peut en modifier la perception ou l'interprétation, à savoir que même les propositions scientifiques purement assertives peuvent avoir des effets performatifs.

Il n'est en réalité pas d'analyse juridique sérieuse qui puisse ignorer les faits qui sous-tendent le droit, ni les valeurs qui l'animent. [...] C'est à cette double condition que l'analyse juridique peut contribuer à l'intelligibilité de phénomènes dont aucune science ne saurait prétendre détenir toutes les clés. Tout travail qui satisfait à cette condition peut être dit « doctrinal », peu important qu'il soit ou

---

<sup>52</sup> A. SUPIOT, « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Revue Dalloz*, 2013, p. 1421.

non le fait d'un universitaire. [...] Beaucoup de choses se jouent en effet dans l'écart entre ces représentations formelles et l'état réel du monde. Si cet écart est trop grand ou s'élargit, la réalité disqualifie l'ordre normatif et sape sa crédibilité. Mais, inversement, un système normatif peut faire advenir, au moins partiellement dans les faits, la représentation du monde qu'il promeut<sup>53</sup>.

Voilà pour l'ontologie : la doctrine est un discours qui pour ne pas être quelconque, requiert certaines qualités, et ce indépendamment de celles de l'auteur. Quant à la déontologie, elle ne vise pas le discours mais la pratique de ce même discours par les auteurs. Et à propos de ceux-ci, une déontologie et des commandements généraux viennent facilement à l'esprit :

- 1° Tu ne monnayeras pas ton indépendance ;
- 2° Tu ne déguiseras pas tes consultations en commentaires scientifiques ;
- 3° Tu déclareras tes conflits d'intérêts ;
- 4° Tu n'utiliseras pas la chaire comme une tribune politique.

Ces prescriptions visent aussi bien les juristes que les philosophes, les économistes, les médecins, les pharmaciens, les historiens, les géologues, les psychologues, les démographes, et sans exhaustivité les mathématiciens.

Si les 3 premiers commandements ne posent pas de difficultés, sauf à ceux qui pratiquent abondamment l'amalgame et le revendiquent, le 4<sup>e</sup> commandement est plus délicat. C'est une question de preuve : on peut prouver la complaisance et la connivence<sup>54</sup>, la prostitution<sup>55</sup> ou le dol partisan<sup>56</sup> mais comment prouver la seule malhonnêteté intellectuelle de celui ou celle qui enseigne aux étudiants ce qu'il faut savoir ? Ou par extension, de ceux ou celles qui par voie de pétition plaident au nom du droit en faveur d'une position dogmatique, mais dont les implications politiques ne font aucun doute, de celles ou ceux qui au nom de la science plaident en faveur de théories pures, empiriques ou féministes, dont les implications politiques d'arrière-plan tout aussi présentes.

### Plus loin que ce débat

Sans revenir sur les idéologies technicistes qui condamnent à notre époque la formation des étudiants en droit à l'indigence théorique et philosophique<sup>57</sup>, c'est aussi la formation de l'esprit scientifique du chercheur qui est en examen pour la composition d'une éthique de l'écriture doctrinale. En France comme ailleurs, en droit comme ailleurs, la littérature doctorale est contrainte par les ambitions académiques des aspirants chercheurs et de leurs directeurs de recherche. En deux siècles, on a pu observer que les thèses de droit avaient connu plusieurs genres, plusieurs architectures, et de nombreuses thématiques récurrentes. Depuis les années 1940, moment où les premières thèses de droit sont soutenues sans obligation de publication, jusqu'à l'heure présente, un fossé s'est creusé, séparant en deux

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> M. GOBERT, « Le temps de penser de la doctrine », *Droits*, n° 20, *Doctrine et recherche en droit*, 1994, p. 97.

<sup>55</sup> J.-D. BREDIN, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, 1985, p. 116.

<sup>56</sup> J.-P. CHAZAL, « Doctrine partisane : le mélange des genres », *Revue Dalloz*, 2018, p. 841.

<sup>57</sup> S. PIMONT (dir.), « L'enseignement du droit au début du XXI<sup>e</sup> siècle, perspectives critiques » (Actes du séminaire du 3 juillet 2009, Chambéry), *Jurisprudence. Revue critique*, 2010.

catégories bien distinctes les thèses par leur sujet : d'un côté celle à vocation pratique et professionnelle, qui donne l'occasion au doctorant de montrer ses aptitudes au raisonnement juridique appliqué : le sujet est en général étroit, technique, français et le discours se déploie à partir d'un questionnement sur les faits que le corpus de règles observé est censé régir. La thèse est plutôt courte, l'appareil scientifique réduit. Les critiques sont le plus souvent d'opportunité, et les positions de thèse sont constituées de propositions d'amélioration des modalités d'application du droit : nouveaux montages, nouvelles stratégies, nouveaux remèdes.

En face, se trouve la thèse censée ouvrir les portes de l'université au doctorant. Elle constituera le plus souvent la seule monographie épaisse de ceux qui feront la carrière universitaire. Le sujet est ample ; souvent, il se veut comme tout ou partie d'une théorie générale de l'institution juridique analysée. La thèse analyse et explique les régimes de règles positives en examen, y ajoute la profondeur historique, parfois la dimension comparatiste et internationale, soutient des positions dogmatiques quant à la nature juridique des institutions, propose des modes de compréhension des textes et des contextes. Et parfois suggère des modifications du droit positif dans des positions de thèses prescriptives. Sur ce dernier point, je souhaiterais faire part d'une observation teintée d'une certaine inquiétude. Le profil prescriptif de la thèse de doctorat en droit a toujours existé, mais pendant le XX<sup>e</sup> siècle, la promotion de la jurisprudence comme expression du *droit positif vivant*, puis l'inflation jurisprudentielle et législative, avaient eu un double effet : 1<sup>o</sup> dessiner des axes de recherche sur l'articulation du droit commun et des droits spéciaux, précisément pour donner corps à une théorie générale ; 2<sup>o</sup> vérifier les propositions dogmatiques de la thèse au moyen des arrêts des Hautes cours. Ce raisonnement même s'il est auto-référentiel, fondé sur l'analyse des décisions, vérifié par les décisions analysées, conduisait à produire de l'interprétation, et ajouter des significations possibles dans le cadre des énoncés authentiques. C'est peut-être son seul mérite, mais c'est un véritable acquis scientifique.

Depuis que le genre littéraire de l'avant-projet doctrinal de réforme s'est répandu dans les années 2000, un certain nombre de thèses ont suivi la même voie ; elles ne prescrivent pas vraiment des modes d'analyse, mais directement et ouvertement des modifications législatives. Ce sont des thèses commencées à l'orée des années 2010, qui viennent aujourd'hui devant le CNU et les comités de sélection. Quelles théories proposent-elles ? Grand Un. Il faut changer la loi. Grand deux. Il faut adopter ma proposition de réforme ; où la première partie s'échine à montrer toutes les faiblesses du système législatif mal interprété par les juges, où la seconde partie dispose et justifie les dispositions projetées. Un exposé des motifs suivi d'un avant-projet doctoral.

J'ignore si la tendance est lourde, et dans quelle proportion elle affecterait des travaux demeurant analytiques par ailleurs ; il serait peut-être intéressant d'observer ce mouvement au prisme d'une recherche statistique au sein même des instances qui reconnaissent des qualités scientifiques à ces travaux. Je veux espérer qu'ils resteront un phénomène marginal, mais d'un point de vue méta-doctrinal, encore une fois, quelles théories explicatives proposent ces thèses ? Or, à moins que le concept de théorie juridique ne soit sur le point de connaître un nouveau glissement, elles n'en proposent aucune, et à l'heure de remettre en cause le rôle des instances académiques nationales et pluralistes, il serait bienvenu de questionner la légitimité scientifique de ces écrits proto-parlementaires et celle des commissions qui en coopéreraient localement les auteurs.

**Michel Boudot**

Université de Poitiers, Professeur en droit privé et sciences criminelles, Équipe de Recherche en Droit Privé (EA 1230).



## Pourquoi obéissons-nous aux normes ?

Jürgen Habermas et la tension entre efficacité et légitimité\*

Comment rendre compte du respect des prescriptions en vigueur dans une société ? Si cette question est assez longuement débattue par Jürgen Habermas dans *Raison et légitimité* (1973), elle connaît une sorte de retournement dans *Droit et démocratie* (1992). C'est cette mutation que le présent article voudrait analyser.

De manière générale, il s'agit de réfléchir à ce qui articule l'obéissance effective aux normes (leur respect en tant qu'il est susceptible d'être observé empiriquement) et leur légitimité (leur justification de principe). Ces deux thèmes apparaissent dans *Raison et légitimité*, qui parle, en référence au premier, de « normes factuellement valides<sup>1</sup> » et, en référence au second, de la « validité normative<sup>2</sup> » des décisions publiques. De manière similaire, *Droit et démocratie* distingue la « valeur sociale » de la « légitimité » des normes. Habermas définit leur valeur sociale comme la « possibilité de s'attendre à [leur] obéissance factuelle moyenne », autrement dit comme leur degré d'efficacité dans une société donnée. La légitimité des normes, quant à elle, désigne leur « justification possible<sup>3</sup> ». Le problème est alors de savoir s'il y a une corrélation entre la croyance en la légitimité et l'efficacité des normes, voire entre leur légitimité tout court et leur efficacité.

Assurément, la légitimité ne saurait se fonder sur l'obéissance factuelle : ce n'est pas parce qu'une norme est obéie qu'on peut la considérer comme juste. Mais, à l'inverse, la légitimité est-elle susceptible de conditionner le respect factuellement accordé à une norme ? Encore une fois, cela n'a rien de nécessaire, car on peut juger qu'une norme est légitime et décider de ne pas lui obéir – aussi bien qu'on peut décider d'obéir à une norme qu'on tient pour illégitime. Pour autant, il n'est pas exclu que la reconnaissance de légitimité joue un certain rôle eu égard à l'obéissance de fait. C'est précisément l'hypothèse que fait Habermas. Pour lui, l'efficacité de la norme aurait un rapport avec sa capacité à se justifier.

C'est là, on va le voir dans les deux premières parties de l'article, un thème amplement exploré dans *Raison et légitimité*. Toutefois, un autre thème surgit quelques années plus tard, qui constitue l'une des clés de *Droit et démocratie*. Dans

---

\* Cet article a bénéficié de la relecture d'Isabelle Aubert, Alexis Cukier, Thibault Desmoulins et Jean-Marc Durand-Gasselin. Je les en remercie vivement. Selon la formule consacrée, les erreurs ne sont imputables qu'à moi-même.

<sup>1</sup> J. HABERMAS, *Raison et légitimité : problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, trad. J. Lacoste, Paris, Payot, 2002, p. 152.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>3</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 44.

cet ouvrage, qui sera évoqué dans les deux dernières parties de l'article, l'enjeu n'est plus de montrer que l'acceptabilité rationnelle est une condition du respect de la norme. Il est de tirer les conséquences de la fragilisation de l'ordre social que l'exigence d'acceptabilité peut engendrer. En effet, la recherche de l'entente rationnelle est susceptible de conduire, paradoxalement, à la dissension et au discrédit des normes problématisées dans la discussion.

Quelle est la solution de cette difficulté ? Elle est contenue dans le titre français de l'ouvrage de 1992. Le titre allemand, *Faktizität und Geltung*, c'est-à-dire « factuel et validité », présente le problème, et le titre français la solution, à savoir l'association du droit et de la démocratie, en un mécanisme qui à la fois, dit Habermas, *limite et libère* les mécanismes de la communication<sup>4</sup>.

L'objectif du présent article est de repérer la motivation qui amène Habermas, dans les années 1990, à abandonner la méfiance qu'il manifestait antérieurement à l'égard des institutions publiques et à admettre l'entrelacement du droit et de la démocratie. Mais aussi de se demander si, face aux menaces que l'exigence de rationalisation des normes fait potentiellement peser sur l'intégration sociale, le droit peut être considéré comme un remède suffisant.

### QU'EST-CE QU'UNE NORME LEGITIME ?

Revenons à l'exploration des causes de l'obéissance aux normes. L'analyse de Habermas ne présuppose pas, insistons sur ce point, que la norme obéie soit forcément juste. En revanche, elle admet qu'il y a là un enjeu pour l'intégration sociale. Car, pour lui, la fonction des normes est de permettre la coordination de l'action en stabilisant les attentes de comportement.

En effet, pour agir, chacun a besoin de pouvoir compter sur le fait que les autres se conforment, au moins approximativement, aux normes de l'agir telles qu'elles sont communément admises. Ainsi, on ne peut s'inscrire dans un projet collectif que si l'on suppose que ses partenaires respectent les règles définies de concert. *A contrario*, si l'obéissance aux normes était entièrement contingente, nous aurions affaire à une société chaotique, dans laquelle le nouage des actions individuelles deviendrait aléatoire. Le problème que pose Habermas n'est pas de savoir comment échapper à la violence naturelle entre les hommes, mais comment se coordonner avec autrui. La seconde question est proche de la première, mais on passe d'une problématique des conditions de l'ordre social à celle des conditions de la coopération<sup>5</sup>. C'est ce que Habermas nomme l'intégration sociale. Donc, pour rendre compte de la coopération, il faut élucider la *motivation* qu'ont les agents sociaux à agir conformément à la norme :

Il faut expliquer comment des acteurs dont les décisions sont libres se laissent, d'une façon générale, *lier* par des normes, autrement dit comment ils se laissent obliger par celles-ci et se trouvent réaliser les valeurs correspondantes<sup>6</sup>.

Parmi les réponses les plus communément proposées, on trouve l'habitude, la crainte de la sanction et l'intérêt. Ces réponses reviennent à séparer le thème de la

---

<sup>4</sup> Voir *ibid.*, p. 52.

<sup>5</sup> Voir par exemple J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, trad. J.-M. Ferry, t. 1, Paris, Fayard, 1989, p. 139-141.

<sup>6</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 81.



*justification* des normes et celui de son *efficience*. Car les facteurs mentionnés, quoique très différents les uns des autres, relèvent tous d'une causalité empirique. Expliquer le respect de la norme par la routine, la peur du gendarme ou les bénéfices liés à l'obéissance équivaut à en rendre compte à partir de causes contingentes – tant il est vrai que les habitudes, les peurs et les désirs varient d'un individu à l'autre. Or peut-on en rester là ? Une norme n'a-t-elle pas besoin, pour être obéie, d'être considérée comme légitime ?

On rencontre ici un questionnement de type kantien, mais avec un déplacement significatif. Kant lui aussi s'interroge sur ce qui motive un individu à obéir aux normes : par exemple, est-ce par inclination ou par devoir qu'un commerçant ne fait pas surpayer le client inexpérimenté<sup>7</sup> ? Toutefois, pour Kant, il n'y a pas lieu de réfléchir spécifiquement à la *croyance* en la légitimité. Pour lui en effet, l'origine du commandement (la raison s'il s'agit d'une norme pure ou la sensibilité dans le cas de l'inclination), et partant sa force d'obligation, se manifestent au sujet de manière claire. Habermas ajoute la problématique de la reconnaissance de la validité de la norme. En effet, pour lui, cette validité se présente comme une prétention faillible à laquelle on peut ou non acquiescer. Dès lors, la question à se poser est double. Tout d'abord pouvons-nous admettre qu'une norme puisse (au moins parfois) prétendre à *juste titre* à une légitimité intrinsèque ? Mais ensuite – et nous retrouvons ici le point de départ de notre article – la motivation factuelle d'un agent à obéir à la loi est-elle liée à une éventuelle prétention de la loi à être intrinsèquement juste ?

Pour certains philosophes, le respect de la loi n'a rien à voir avec la question du juste. Examinons brièvement quelques arguments paradigmatiques avant de présenter la réponse de Habermas.

Pour Karl-Heinz Ilting, le respect d'une norme s'apparente au respect d'un contrat passé entre l'agent singulier et la puissance publique. Tout contrat repose sur des besoins ou des intérêts. Le respect de la norme ne requiert pas, pour les co-contractants, de justification générale, car il suffit qu'il soit conforme aux intérêts particuliers de chacun<sup>8</sup>. Chez Niklas Luhmann, par ailleurs, les prétentions à la validité des normes jouent certes un rôle, mais seulement en tant qu'illusions nécessaires au fonctionnement du système. L'ordre normatif est rendu légitime par sa seule efficacité – étant entendu que cette efficacité s'apprécie eu égard à l'ordre social global. Il est donc vain de prétendre examiner la norme en elle-même<sup>9</sup>. Werner Becker, enfin, dans *La liberté selon notre opinion*, examine la question de l'adhésion des citoyens à un ordre normatif, par exemple à un régime politique. Pour lui, on est attaché à un régime parce qu'il satisfait des intérêts subjectifs, le plus fondamental étant la stabilité de l'ordre public. Dès lors, il est illusoire de prétendre justifier un régime à partir de valeurs qui, au-delà de ces intérêts, auraient une validité générale<sup>10</sup>. Comme le note Habermas, la démarche de W. Becker est apparentée à celle de Hobbes. Chez Hobbes, comme on le sait, l'État est vu comme un

<sup>7</sup> Voir I. KANT, *Fondation de la métaphysique des mœurs*, Ak. IV, 397, trad. A. Renaut, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 65.

<sup>8</sup> Voir K.H. ILTING, « Anerkennung. Zur Rechtfertigung praktischer Sätze », in G.G. GRAU (dir.), *Probleme der Ethik*, Munich, Alber, 1972.

<sup>9</sup> Voir N. LUHMANN, *Legitimation durch verfahren*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1969.

<sup>10</sup> Voir W. BECKER, *Die Freiheit, die wir meinen. Entscheidung für die liberale Demokratie*, Munich, Piper, 1982. Les positions d'Ilting et Luhmann sont analysées dès *Raison et légitimité* (p. 156-166), celle de Becker dans *Droit et démocratie* (p. 314-320).

remède à la guerre civile. Son origine est un calcul « rationnel » – la rationalité se définissant comme la découverte des moyens efficaces en vue de la fin poursuivie. Chez Becker comme chez Hobbes, il n’y a pas d’appui sur des valeurs au sens de principes qui pourraient valoir indépendamment des intérêts du sujet qui cherche à réaliser sa fin. De manière cohérente, pour Becker, les arguments politiques ne sont que des supports publicitaires ou des armes rhétoriques, et non des contributions au développement de théories vraies. Leur but est d’exercer des effets dans l’espace public, mais non pas de créer une acceptabilité rationnelle. Dans la perspective de Becker, on respecte la loi parce qu’on considère que le sacrifice exigé est un bon compromis. Par exemple, on paie ses impôts pour éviter la faillite de l’État – qui serait pour chacun infiniment plus coûteuse que le paiement de ses impôts. Plus précisément, le compromis est lié au fait que le système normatif ne fait pas peser sur soi des charges excessives par rapport aux autres.

Toutes ces analyses rappellent la thèse fameuse de Kant, dans le traité *Pour la paix perpétuelle* : même un « peuple de démons » serait capable de résoudre le problème de l’institution de l’État à condition que ceux-ci disposent d’un entendement<sup>11</sup>. L’obéissance aux normes ne repose pas sur des valeurs ni sur des raisons idéales, mais sur la recherche des bénéfices liés à l’obéissance, ou sur la crainte des coûts liés à la désobéissance.

Or, pour Habermas, l’hypothèse des démons rationnels n’est pas suffisamment explicative. À ses yeux, on est prêt à obéir à une norme non seulement parce qu’on juge que cette obéissance est utile mais aussi parce qu’on tient la loi pour juste en général. Les arguments qu’il propose sont de différents types :

1<sup>o</sup> Comme les intérêts sont fluctuants, les normes ne seraient pas obéies de manière *habituelle* si elles ne reposaient que sur ces derniers. Or, dans l’expérience, on observe plutôt une stabilité dans le respect des normes :

Si des motifs empiriques (comme l’inclination, l’intérêt, la peur des sanctions) soutiennent seuls l’accord, on ne voit pas pourquoi [l’agent social], dès que ses motifs originaux changent, devrait encore se sentir lié à la norme convenue<sup>12</sup>.

2<sup>o</sup> Le respect de la loi suppose toujours une part de sacrifice. Or rien n’assure que suivre la loi soit, du point de vue de l’individu, plus avantageux que de ne pas la suivre. Par exemple, j’ai certes intérêt à ce que l’État ne fasse pas faillite. Mais l’État restera prospère si je suis le *seul* contribuable à ne pas payer mes impôts. Donc, du point de vue de mes intérêts propres, il est absurde que je les paie si je peux efficacement tromper le percepteur. L’obéissance aux normes doit reposer sur un autre motif que sur la poursuite des seuls intérêts particuliers :

Si des décisions contraignantes [...] peuvent être prises indépendamment de la contrainte exercée concrètement et de la menace manifeste d’une sanction, et néanmoins être imposées régulièrement, *même contre l’intérêt* des gens concernés, elles doivent pouvoir être considérées comme la réalisation de normes reconnues [comme justes]<sup>13</sup>.

3<sup>o</sup> Si l’on suit Becker, le jugement selon lequel une loi est conforme à mes intérêts repose sur l’idée d’une répartition *équitable* des charges. Mais comment juger

<sup>11</sup> I. KANT, *Vers la paix perpétuelle*, Ak. 8, 366, trad. J.-L. Poirier et F. Proust, Paris, GF, 1991, p. 105.

<sup>12</sup> J. HABERMAS, *Raison et légitimité*, op. cit., p. 164.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 160. Nous soulignons.

d'une telle conformité sans faire usage d'une certaine conception de la justice ? L'analyse de Becker prétendait en faire fi, mais on voit qu'elle est indispensable.

En définitive, Habermas retrouve une thèse fondamentale de Max Weber, que d'ailleurs il cite abondamment : la croyance à la légitimité constitue un aspect essentiel de l'efficacité des normes :

L'ordre que l'on respecte *uniquement* pour des motifs rationnels en finalité [c'est-à-dire, explique Habermas, en vue du succès] est en général beaucoup plus instable que si l'orientation se fait purement et simplement en vertu de la coutume, en raison du caractère routinier d'un comportement ; c'est même là, de toutes les espèces d'attitudes intimes, la plus courante. Néanmoins cet ordre est encore incomparablement moins stable que celui qui s'affirme grâce au prestige de l'exemplarité et de l'obligation, je veux dire de la légitimité<sup>14</sup>.

Dans ce texte, Weber analyse ce que Habermas nommera plus tard la valeur sociale des normes. Il en énumère les conditions et les évalue du point de vue de leur efficacité. Au plus bas, on trouve l'intérêt, puis, sur une échelle croissante, la coutume, la routine, et enfin la légitimité, laquelle s'exprime dans l'exemplarité reconnue à certains comportements et dans l'effet d'obligation que produisent les normes en vigueur. La thèse fondamentale de Weber est que les ordres sociaux ne sont durables qu'en tant qu'ordres légitimes. Mais la manière dont il entend la légitimité, on va le voir, porte en germe les critiques que lui adressera Habermas.

## LE DEBAT AVEC WEBER

La question est celle-ci. Nous admettons avec Weber qu'une norme est d'autant mieux obéie qu'elle est reconnue comme légitime. Quel est toutefois le statut de cette reconnaissance ? A-t-elle un lien avec une *authentique* légitimité ? En d'autres termes : pour qu'un ordre politique soit stable, faut-il simplement qu'il soit *considéré* comme légitime ou faut-il qu'il puisse *véritablement* établir sa légitimité ?

Pour Habermas, il ne s'agit pas de platement recommander que les normes *soient* légitimes, ni de soutenir, non moins banalement, que les normes qui peuvent prouver leur légitimité sont supérieures à celles qui ne le peuvent pas. Il s'agit d'examiner l'hypothèse selon laquelle des normes seraient d'autant plus aisément obéies que leur légitimité pourrait être vérifiée *dans une discussion argumentée*. Habermas défend cette position en affirmant que la reconnaissance de la validité d'une norme ne se réduit pas à un phénomène *psychologique* mais a, d'abord et avant tout, comme il dit, des conditions *logiques*.

Pour comprendre cette assertion, considérons l'hypothèse opposée. Elle consisterait à soutenir que les croyances dans la légitimité se distinguent les unes des autres, non par leurs justifications possibles, mais par les affects attachés à chacune d'entre elles. Selon cette analyse, la reconnaissance de normes liée à de mauvaises raisons (par exemple sous l'influence du marketing politique ou tout simplement par préjugé) pourrait se traduire par le *même* effet de stabilisation des attentes de comportement qu'une reconnaissance de normes qui reposerait sur de bonnes raisons (par exemple sur un plaidoyer raisonnable ou sur un débat ouvert). C'est là, selon Habermas, ce que pense Weber, qui, comme on le sait, réduit les conflits de valeurs à une « guerre des dieux » sans solution rationnelle. En effet, chez Weber,

---

<sup>14</sup> M. WEBER, *Économie et société*, trad. J. Freund et al., t. 1, Paris, Pocket, 1995, p. 65 ; cité in *Raison et légitimité*, op. cit., p. 83.

pour qu'un ordre politique soit stable, il suffit qu'il soit *tenu* pour légitime, quand bien même cette légitimité serait illusoire.

La position de Habermas est tout à fait différente. Pour lui, la légitimité se définit à partir de la capacité des sujets à mobiliser, dans le cadre d'une discussion ouverte, de « bonnes raisons » pour la défense d'une norme. Son analyse repose sur la conception de la vérité qu'il défend depuis la fin des années soixante (et qu'il maintient dans les années quatre-vingt-dix, au moins s'agissant de la validité normative), à savoir sur l'identification de la validité et de l'acceptabilité de principe. Le lieu de mise en évidence de cette acceptabilité est l'agir communicationnel par opposition à l'agir stratégique.

Rappelons ces concepts en quelques mots. Habermas définit l'agir communicationnel comme l'échange linguistique qui vise l'entente, et l'oppose à l'agir stratégique, dans lequel chaque locuteur poursuit un succès personnel, au besoin par la manipulation d'autrui<sup>15</sup>. Il y a agir communicationnel quand les locuteurs se comportent de manière autonome et sincère, quand toute personne concernée est autorisée à s'exprimer et à mettre en question toute assertion, quand enfin les interlocuteurs soumettent leurs prétentions à la validité à la reconnaissance intersubjective<sup>16</sup>. L'entente à laquelle ils parviennent constitue alors un critère suffisant de la validité de l'assertion en débat :

Afin de distinguer des énoncés vrais et des énoncés faux, je me réfère au jugement d'autres personnes, plus précisément au jugement de tous les autres avec lesquels je pourrais engager une conversation (en y incluant de manière contre-factuelle tous les interlocuteurs que je pourrais rencontrer si ma biographie était coextensive à l'histoire de l'humanité). [...] La vérité d'une proposition signifie la promesse d'aboutir à un consensus rationnel sur tout ce qui a été dit<sup>17</sup>.

Pour Habermas, ne peut être considéré comme vrai ou comme juste qu'un énoncé susceptible d'être défendu de manière argumentée dans une discussion de ce type. Pour revenir au lien entre obéissance et légitimité, sa thèse signifie qu'une norme arbitraire a plus de mal à s'imposer factuellement (à acquérir une « valeur sociale »), qu'une norme défendable.

Certes, face à une telle thèse, les objections ne manquent pas. Comment s'accorde-t-elle avec l'existence, en tous lieux et en tous temps, de dispositions juridiques à l'évidence malfaisantes et pourtant avalisées par les populations ? Comment comprendre, si Habermas a raison, que tant de législations autoritaires, intolérantes, machistes, homophobes, etc., recueillent l'adhésion au moins majoritaire des citoyens concernés ?

En réalité, Habermas ne soutient pas que, dans une discussion sur les normes, les mauvais arguments seraient *ipso facto* stigmatisés, ni que leurs défenseurs seraient immanquablement contraints de faire amende honorable. Son étude porte sur ce qu'implique la prétention d'un acte de parole (par exemple d'une injonction à suivre telle ou telle règle de comportement) à être *valide*. À ses yeux en effet, une assertion émise par un locuteur quelconque n'est coordonnante que si elle obtient l'assentiment de son auditeur. En d'autres termes, elle ne peut déboucher sur une action commune loyale que si elle est reconnue, par ce dernier, comme valide. Or

---

<sup>15</sup> Voir par exemple J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, t. 1, *op. cit.*, p. 110-111.

<sup>16</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 17-18.

<sup>17</sup> J. HABERMAS, *Logique des sciences sociales et autres essais*, trad. R. Rochlitz, Paris, PUF, 2005, p. 285.

un tel assentiment ne peut être acquis que si le locuteur joue le jeu de l'argumentation rationnelle, c'est-à-dire se refuse à tout autoritarisme, prend en compte l'avis de toute personne concernée, fournit de bonnes raisons en soutien de son assertion, répond aux objections et est prêt, s'il est incapable d'argumenter jusqu'au bout, à reconnaître l'invalidité de sa position. Telles sont, parmi d'autres, les règles de l'agir communicationnel. La thèse de Habermas n'est pas que le respect de ces règles relèverait d'une nécessité mécanique, mais qu'il est fonctionnel eu égard à la coordination avec autrui. Pour lui, chaque interlocuteur, s'il veut *convaincre* autrui et pouvoir *compter* sur lui, est amené à se soumettre aux conditions précitées. En d'autres termes, la rationalité est une condition de l'argumentation. Or ceci a pour effet, tendanciellement, que les interlocuteurs en viennent à écarter les assertions infondées et à ne retenir comme valides que les affirmations assorties de bonnes raisons.

L'analyse porte sur les conditions immanentes de l'échange linguistique qui vise l'entente. Celles-ci dessinent ce que Habermas nomme la « situation idéale de parole<sup>18</sup> ». Il n'a cependant aucune peine à reconnaître que, dans la vie ordinaire, les échanges ne sont pas rationnels ou ne le sont que partiellement. Car, comme nos convictions, les discussions réelles n'obéissent pas seulement aux lois de l'échange linguistique mais aussi à des motifs psychologiques et sociologiques, à des visées d'identification ou de distinction, sans même parler de notre propension à l'incohérence. Toutefois, pour lui, quand un locuteur *prétend* que son assertion est vraie, il est conduit, par la logique même de son acte de parole, à répondre avec sincérité aux demandes de justification et aux objections. De ce fait, soutient Habermas, une norme susceptible d'être défendue dans une discussion ouverte se prête plus à la reconnaissance qu'une norme indéfendable rationnellement. Si l'on identifie ce qui est juste à ce qui est défendable dans une discussion qui respecte les règles de la situation idéale de parole, nous sommes aptes, en droit, à distinguer une norme juste d'une norme injuste, et c'est à la première que l'adhésion s'impose, au moins si nous suivons la logique des échanges linguistiques. C'est en ce sens qu'il y a un lien entre acceptabilité rationnelle et obéissance de fait : nous avons tendance à obéir à ce que nous considérons comme légitime, et nous avons tendance à considérer comme légitime ce qui se laisse défendre dans une discussion ouverte.

Faut-il déduire de ce qui précède que l'obéissance à la loi ne repose finalement que sur la reconnaissance de sa légitimité ? Cette question n'est pas problématisée dans *Raison et légitimité*. Mais elle l'est dans *Droit et démocratie*, où Habermas répond négativement. Selon ce dernier ouvrage, le droit doit laisser ses destinataires libres, au cas par cas, d'obéir à la loi parce qu'elle est juste ou parce qu'il est de leur intérêt propre de leur obéir. Il doit « leur permettre de passer vis-à-vis du droit de l'attitude performative à l'attitude objectivante de l'acteur qui se détermine sur la base d'un calcul d'utilité<sup>19</sup> ». Cela signifie que je dois pouvoir, *d'une part*, me rapporter à la norme sur un mode utilitaire, en comparant les coûts et les avantages, respectivement, de l'obéissance ou de la transgression (c'est ce que Habermas nomme une attitude « objectivante » ou « stratégique »). Mais que je dois pouvoir aussi, *d'autre part*, chercher à m'entendre avec autrui sur le contenu même de la norme, et mettre en place les règles d'un agir commun (c'est ce que Habermas nomme une attitude « performative » ou « communicationnelle »).

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 320 sq.

<sup>19</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 138.

Prenons un exemple. Pourquoi est-on incliné à respecter le code de la route ? D'un point de vue habermassien, on répondra qu'il y a deux raisons complémentaires. On éprouve régulièrement ce code comme une pure contrainte, et on ne s'y soumet alors que par crainte du gendarme. Mais souvent, aussi, on s'y conforme par conviction, c'est-à-dire parce qu'on le juge justifié : ce qui signifie que, si l'on participait à un débat à son sujet, on plaiderait en sa faveur. Pour le sujet engagé dans une action *stratégique*, la norme est un fait social parmi d'autres, qui limite ses marges de manœuvre de façon externe. En revanche, pour le sujet d'une action *communicationnelle*, la norme est reconnue comme une obligation qui transcende ses intérêts particuliers. Se rapporte-t-on alors à la norme comme à une contrainte externe ou comme à l'objet d'un consensus ? La thèse originale de Habermas est qu'une norme, pour être efficace, doit autoriser, alternativement, les deux attitudes :

La validité juridique d'une norme signifie que les deux aspects sont garantis : la légalité du comportement au sens d'une obéissance moyenne à la norme, si nécessaire obtenue de force par des sanctions, et la légitimité de la règle elle-même, rendant à tout moment possible une obéissance à la norme en raison du respect de la loi<sup>20</sup>.

Pourquoi cette double exigence ? En premier lieu, une norme qui ne serait pas assortie de sanctions, et ne compterait pour s'imposer que sur l'argumentation rationnelle, serait *sans force*. En second lieu, une norme qui ne pourrait être légitimée dans une discussion rationnelle, donc ne pourrait être considérée comme acceptable, ne pourrait pas compter sur la *loyauté* des agents sociaux. Les deux raisons sont de natures entièrement différentes. Toutefois, elles sont complémentaires parce qu'elles font appel aux deux types d'agir possibles selon Habermas, à savoir celui qui vise le succès et celui qui vise l'entente. Le droit prend un « visage de Janus<sup>21</sup> » en étant tourné, d'un côté, vers ses destinataires, de l'autre, vers ses auteurs.

En définitive, selon Habermas, une norme a des chances d'être effectivement obéie pour autant qu'elle est susceptible d'être défendue dans une discussion rationnelle et qu'elle est telle que son respect est accompagné de récompenses ou sa transgression de sanctions. Mais ce double réquisit suffit-il à rendre compte de la fonction du droit positif dans une société ? C'est la question qu'il faut maintenant poser.

### LE DROIT DEMOCRATIQUE, UN REMEDE A LA FRAGILISATION DE L'ORDRE SOCIAL ?

Jusque dans ses écrits des années 1990, Habermas affiche une certaine indifférence à l'égard du rôle des institutions dans la démocratie. Ou plutôt, opposant l'espace public et les institutions du pouvoir, il n'attribue de fonction réellement

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 147. On trouve les linéaments de cette analyse dès *l'Espace public* (1962). Voir J. HABERMAS, *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, trad. M. Buhot de Launay, Paris, Payot, 1993, p. 91.



démocratisante qu'au premier. Avant *Droit et démocratie*, il considère manifestement que la démocratie se situe du côté de la critique et de la parole spontanée<sup>22</sup>. La loi, comme obligation institutionnalisée, paraît plutôt en menacer la vitalité. Seule la discussion publique – si elle n'est pas vassalisée par les intérêts dominants – semble à même d'assurer la démocratisation de la société.

Or, dans *Droit et démocratie*, la perspective change. Le problème alors soulevé n'est plus seulement celui de la motivation requise par l'obéissance à la norme, mais aussi celui d'un possible conflit entre la validité et l'efficacité sociale de la norme. Habermas parle à ce propos de « tension explosive<sup>23</sup> ». Qu'y a-t-il donc de contradictoire entre les deux exigences ?

Rappelons, à titre préliminaire, la distinction entre l'agir communicationnel et la discussion chez Habermas. Alors que l'agir communicationnel nomme la coordination linguistique simple par échange d'informations, la discussion désigne une confrontation d'arguments destinée à résoudre un désaccord. La discussion est une activité réfléchie qui n'intervient que lorsque la communication première est perturbée, c'est-à-dire lorsque le consensus sur le vrai ou le juste ne peut être établi spontanément. Alors on passe à l'explicitation du désaccord et à une tentative de résolution<sup>24</sup>.

Ainsi, montre *Droit et démocratie*, la discussion suspend l'action. Une norme, par exemple, ne peut pas être en même temps *débattue* et *efficace*. Or une discussion est potentiellement sans fin – Habermas rejoignant ici la vision peircienne selon laquelle le réel est ce sur quoi la communauté des chercheurs s'accorderait si l'enquête se poursuivait à l'infini<sup>25</sup>. Au demeurant, sans même faire l'hypothèse d'une recherche interminable, c'est un fait que les discussions consomment une énergie propre et exigent des efforts d'organisation spécifiques<sup>26</sup>. Surtout, elles peuvent provoquer de la dissension<sup>27</sup>. Car la recherche de l'entente à propos des normes suppose inévitablement de prendre au sérieux l'idée qu'elles pourraient être injustes, ce qui a pour effet d'ébranler la reconnaissance des normes en question. Toute recherche de consensus risque d'augmenter le dissentiment, ne serait-ce qu'en rendant explicites des motifs de désaccord jusque-là latents<sup>28</sup>. La discussion, donc, emporte avec elle un risque de conflit difficile à contrôler :

Les ressources propres [de l'activité communicationnelle] ne lui permettent de domestiquer le risque de dissension qui lui est inhérent, qu'au moyen d'un accroissement des risques, autrement dit par la discussion permanente<sup>29</sup>.

L'échec de l'entente entraîne alors des blessures psychologiques et la tentation, soit de renoncer à résoudre le problème en jeu, soit de passer à l'action stratégique

---

<sup>22</sup> Voir par exemple J. HABERMAS, *Après Marx*, trad. J.-R. Ladmiral et M. Buhot de Launay, Paris, Pluriel, 1985, p. 262 sq.

<sup>23</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 35.

<sup>24</sup> Voir J. HABERMAS, *Logique des sciences sociales*, op. cit., p. 279.

<sup>25</sup> Voir J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 28.

<sup>26</sup> Voir *ibid.*, p. 351.

<sup>27</sup> Voir *ibid.*, p. 35.

<sup>28</sup> Voir *ibid.*, p. 50.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 51.

(séduction, rapports de pouvoir ou de force, etc.). La recherche de l'entente sur les normes menace finalement l'intégration sociale :

Le problème d'une intégration sociale des mondes vécus différenciés, pluriels et désenchantés doit s'aggraver dès lors que s'accroît en même temps le risque de dissension [...]. Suivant ce scénario, le besoin croissant en force d'intégration sociale surchargera inévitablement la capacité du seul mécanisme qui subsiste, celui de l'entente<sup>30</sup>.

La motivation rationnelle à se mettre d'accord, qui repose sur la faculté de dire non, a, certes, l'avantage de permettre, sans emploi de la force, une stabilisation des attentes de comportement. Mais [si l'entente ne reposait que sur la discussion], le risque de dissension [...] rendrait [l']intégration sociale [...] tout à fait invraisemblable<sup>31</sup>.

Cette analyse, tout à fait paradoxale chez le chantre de la discussion rationnelle, renvoie à des expériences banales. Songeons aux conflits qui naissent dans une communauté de travail peu hiérarchisée comme le milieu universitaire. Là, parce qu'il est indispensable de s'entendre pour mener à bien un projet collectif, les différences de valeur ou de tempérament génèrent régulièrement des conflits qui peuvent aboutir au blocage de l'action. Les conventions, une fois qu'elles auront passé avec succès l'épreuve de la discussion, seront sans doute d'autant plus reconnues et solides. Mais le moment de la discussion implique, pour elles, une mise en cause qui peut se traduire par l'impossibilité d'une action commune.

Y a-t-il sur ce point des remèdes ? Il existe une première solution à la tension possible entre efficience et prétention à la légitimité, à savoir ce que Habermas nomme le monde vécu. Celui-ci désigne pour lui l'arrière-plan des convictions communes qui ne sont pas problématiques : le « roc large, inébranlable et profond, des modèles d'interprétation, des loyautés et des habiletés sur lesquelles il y a consensus<sup>32</sup> ». Ici, il y a fusion de la validité et de la factualité au sens où la norme a la force de l'évidence et s'impose d'elle-même. Elle n'a pas besoin d'être énoncée expressément ni même d'être assortie d'une sanction externe. Elle est inconsciemment reconnue, d'où sa remarquable efficience.

Une deuxième solution est constituée des « institutions archaïques<sup>33</sup> ». Habermas évoque ici les institutions sacrées qui s'imposent à nous de façon impérieuse. Par exemple, nous évitons instinctivement de parler bruyamment dans une église même si nous ne sommes pas croyants. Là encore, il y a fusion de la factualité et de la validité. Toutefois, cette fusion ne repose plus, comme dans le cas du monde vécu, sur une familiarité originelle vis-à-vis de certitudes de base, mais plutôt sur l'autorité de l'institution.

Or, pour Habermas, l'époque moderne est marquée par des risques de dissension de plus en plus importants en raison de la libération de la discussion. En effet, ce qui relevait du monde vécu et du sacré est toujours plus réfléchi et, de ce fait, problématisé. En particulier, un grand nombre de normes auparavant non questionnables sont désormais exposées à la controverse. On pourrait illustrer cette analyse, entre mille exemples, par le partage des tâches domestiques au sein du

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 36. Voir I. AUBERT, *Habermas, une théorie critique de la société*, Paris, CNRS Éd., 2015, p. 249 sq.

<sup>33</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 37.



couple. La vision traditionnelle, essentialiste, de la famille fonctionne de moins en moins comme principe de répartition. Il faut donc redéfinir le partage, notamment à partir du critère du juste et de l'injuste. Mais qu'est-ce que le juste en la matière ? Rien n'est vraiment clair, ce qui n'aide pas à parvenir au consensus.

Assurément, Habermas ne soutient pas qu'il vaudrait mieux, pour la stabilité de la société, admettre des normes injustes plutôt qu'une discussion sans fin. Ce dont il s'inquiète, en revanche, c'est de la difficulté à assurer le lien social lorsque les normes qui organisent l'action perdent leur évidence et néanmoins ne peuvent être établies que dans le cadre de discussions libres. Pourrait-on repérer un type de norme et un type de discussion qui réduisent les tensions évoquées ci-dessous ? Comme on va le voir, le droit démocratiquement édicté est un bon candidat pour résoudre le problème.

Quelle est en effet notre situation ? Aujourd'hui, dit Habermas, l'activité communicationnelle au sens large – au sens de la coordination des plans d'action par échanges d'informations et d'arguments visant l'entente – ne peut « ni se débarrasser de la tâche de l'intégration sociale », « ni l'assumer sérieusement<sup>34</sup> ». Elle ne peut s'en débarrasser parce que le retour à une organisation autoritaire de la société est impensable. Elle ne peut non plus l'assumer parce qu'une discussion permanente a des effets par trop dissolvants.

Quelle forme prendrait alors un mécanisme susceptible de pallier ce dernier inconvénient ? Il s'agit de rendre possible une discussion des normes qui, par contre-coup, engendrerait chez les agents une motivation rationnelle à leur obéir, sans toutefois que le risque de dissension ne s'accroisse démesurément. À cette fin, il faut obtenir un *découplage* de la discussion et de l'obéissance aux normes. Une telle dissociation aurait pour effet que la première ne puisse par elle-même suspendre la seconde. Elle aurait pour autre conséquence que, réciproquement, la seconde ne pourrait contaminer la première en la rendant stratégique plutôt que communicationnelle : la discussion resterait d'une certaine manière désintéressée et donc susceptible de garantir une conclusion valide.

Or comment fonctionne le droit positif démocratiquement édicté dans la société ? En premier lieu, l'ordonnancement juridique ne peut être neutralisé par les simples citoyens. Quand bien même il n'est pas reconnu comme légitime par tous, il ne peut être abrogé que par les institutions compétentes. Puisqu'il ne repose pas seulement sur le consensus intersubjectif mais aussi sur des procédures institutionnalisées, sa simple critique dans l'espace public est impuissante à l'écarter, ce qui a un puissant effet de stabilisation des attentes de comportement.

Toutefois, cela ne signifie pas, en second lieu, que le droit positif aurait l'évidence du monde vécu ou la force oppressive d'une institution archaïque. Car, même s'il faut continuer à lui obéir tant qu'il n'est pas abrogé, il peut être continuellement mis en cause dans les discussions publiques. Il reste de ce fait constamment exposé à un examen critique de la part des citoyens. En outre, dans un régime réellement démocratique, les discussions dans l'espace public influent sur l'activité du Parlement. Les citoyens, destinataires des normes, peuvent alors se comprendre comme autorisant et influençant, *via* les procédures électorales et l'espace public, l'action du personnel politique :

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 51.

Les sociétés juridiques doivent être en mesure de supposer qu'ils autoriseraient eux-mêmes, par une libre formation de l'opinion et de la volonté politiques, les règles auxquelles ils sont soumis en tant que destinataires<sup>35</sup>.

La légitimité des normes publiques est l'objet d'un débat potentiellement sans frein. Ce débat, servant de rempart contre l'arbitraire, permet aux citoyens de leur obéir non par intérêt mais par conviction :

À la positivité du droit s'associe l'attente selon laquelle la procédure démocratique de la législation fonde la présomption d'une acceptabilité rationnelle des normes édictées. La positivité du droit n'exprime pas la factualité d'une volonté arbitraire, totalement contingente, mais celle, légitime, qui est due à une autolégislation présumée rationnelle, instituée par des citoyens politiquement autonomes<sup>36</sup>.

Le débat sur la légitimité de la norme juridiquement instituée n'est pas empêché, mais il n'a pas lieu *à l'occasion* de son application. La discussion publique, qui ne peut avoir d'efficacité immédiate sur cette application, peut être de ce fait plus désintéressée. De manière générale, le droit tend à se substituer à l'agir communicationnel pour la coordination des plans d'action. Il dispense en effet les acteurs de se mettre d'accord sur toute une série de règles. Par ailleurs, il a une efficacité potentiellement plus grande que la simple entente intersubjective. (L'obéissance aux règles définies dans l'agir communicationnel ne repose que sur le sentiment subjectif d'obligation des personnes concernées ; le droit, comme on l'a souligné ci-dessus, est en revanche contraignant.) Enfin, il propose (ou impose) des schèmes d'organisation pré-établis :

Les règles de droit sont capables de compenser l'indétermination cognitive, l'incertitude motivationnelle et la force de coordination restreinte qui caractérisent les normes d'action morale et, d'une façon générale, toutes les normes d'action informelles<sup>37</sup>.

Insistons toutefois sur l'un des présupposés essentiels de cette analyse, à savoir que le pouvoir législatif, loin d'être la source originaire des normes, n'est qu'une émanation du « pouvoir fondé sur la communication » qui naît dans l'espace public. Habermas, ici, se revendique d'Hannah Arendt, pour qui le pouvoir « jaillit parmi les hommes lorsqu'ils agissent ensemble et retombe dès qu'ils se dispersent<sup>38</sup> ». La discussion sur les normes dans la société civile doit avoir des effets législatifs. Cela implique que le cœur battant de la démocratie n'est pas constitué des institutions politiques (comme le gouvernement ou le parlement), mais de l'espace public entendu comme l'ensemble des arènes dans lesquelles les problèmes politiques sont débattus et où le consensus peut naître.

Mais il faut aller plus loin. Pour Habermas, le droit est indispensable à l'espace public à un double titre au moins. En premier lieu, il doit assurer la mise en place d'une institution parlementaire démocratique, c'est-à-dire capable de répercuter législativement l'influence de l'espace public. En second lieu, il doit protéger ce

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 352-353.

<sup>38</sup> H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, trad. G. Fradier, Paris, Calmann-Lévy, 1961, p. 225 ; cité in J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 165.

dernier contre les distorsions qui le menacent. L'espace public est en effet caractérisé par de multiples asymétries sociales quant aux chances d'accéder aux discussions. À cela s'ajoutent des facultés individuelles inégales. Les ressources des membres de la société sont limitées en termes de temps, d'attention disponible, d'endurance émotive et de culture. Ces facteurs éloignent les discussions réelles de la situation idéale de parole censée garantir la validité des conclusions d'une discussion<sup>39</sup>. Il revient au droit de lutter contre ces distorsions, par exemple en assurant ces droits fondamentaux que sont la liberté d'opinion et d'association ou encore la liberté d'une presse pluraliste. Le droit, ici, ne gouverne pas la communication rationnelle (car elle est rationnelle quand elle est autonome). En revanche, il la soutient négativement en la protégeant d'interventions extérieures perturbatrices. Ici, il ne fait pas que décharger l'agir communicationnel de ce qui excède empiriquement ses forces. Il exerce aussi à son égard une fonction d'appui.

En définitive, le propre du droit selon Habermas n'est pas seulement d'assurer la motivation des acteurs par la menace de sanctions. Il est en outre de délester les membres de la société de la tâche de se mettre d'accord à chaque instant sur des normes qui seraient sinon continûment à redéfinir. Cependant le droit assume-t-il parfaitement cette fonction de relais de l'agir communicationnel ? Posons-nous maintenant la question.

### QUELQUES DIFFICULTÉS DE L'APPROCHE HABERMASSIENNE

Dans *Droit et démocratie*, Habermas apporte un certain nombre de nuances à la valorisation de l'agir communicationnel qui caractérisait ses écrits antérieurs. Toutefois, cette évolution ne repose sur aucun scepticisme quant à la capacité de l'agir communicationnel à assurer la rationalisation des savoirs et des normes. Elle tient plutôt au constat d'une difficulté de mise en œuvre. Selon *Droit et démocratie*, une coordination des plans d'action qui n'incomberait qu'à l'agir communicationnel représenterait pour lui une charge excessive. Habermas maintient qu'un tel agir est susceptible en principe d'assurer le succès sans violence de l'argument le meilleur. En revanche, il affirme maintenant que l'échange linguistique entre les agents ne saurait assumer à lui seul cette tâche, *a fortiori* dans une société « post-conventionnelle » où les normes traditionnelles deviennent inévidentes et où des règles nouvelles doivent sans cesse être établies pour permettre des interactions complexes. Le droit positif démocratique constitue alors un auxiliaire bienvenu, dans la mesure où il dissocie le *débat* sur les normes de l'*action* conforme aux normes. Ce découplage conserve à l'un comme à l'autre leurs chances de réaliser leurs potentialités : laisser les arguments les plus solides se faire valoir, et permettre aux normes rationnellement établies de gouverner effectivement les comportements :

Une norme juridique est valide lorsque l'État [assure], d'une part, un respect convenable des normes, le cas échéant obtenu au moyen de sanctions, et [...] d'autre part, les conditions institutionnelles d'une genèse légitime de la norme elle-même, afin qu'elle puisse toujours être suivie au nom du respect de la loi<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 351. Cette difficulté, mentionnée par Habermas lui-même, est à l'origine d'une bonne part de la contestation anti-habermassienne, par exemple chez A. Honneth. Voir la présentation de F. FISCHBACH, « De la théorie critique aux luttes sociales », *Nouvelles Fondations*, vol. 2, n° 2, 2006, p. 89-99.

<sup>40</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 478.

Toutefois, on ne peut manquer de noter quelques difficultés.

(a) Revenons tout d'abord au débat avec Weber, et à l'idée selon laquelle la reconnaissance de la légitimité ne serait pas un phénomène seulement psychologique mais aussi un phénomène logique. Pour Habermas, la croyance en la vérité d'un énoncé repose ultimement sur la croyance en l'acceptabilité rationnelle de cet énoncé. Cela signifie qu'elle est dépendante des bonnes raisons que l'on peut fournir pour sa défense, et donc que les affirmations peu fondées sont vouées à être rejetées. Cette relation entre adhésion et acceptabilité rationnelle explique, pour Habermas, pourquoi une démocratie délibérative tend à favoriser les solutions les meilleures, et pourquoi les règles édictées dans le cadre d'une telle démocratie suscitent normalement l'assentiment public.

On se demande toutefois quelle est la nécessité du lien entre croyance en la validité et acceptabilité non pas simplement dans *l'agir communicationnel* entendu au sens restreint (selon la définition donnée plus haut de l'échange d'informations tacitement reconnues comme valides) mais en outre dans la *discussion*. Peut-on admettre la thèse habermassienne selon laquelle non seulement l'agir communicationnel mais aussi la discussion se caractériserait par un *telos* d'entente ? Ou, pour formuler cette question de manière plus générale : un désaccord doit-il forcément impliquer, pour tous les participants, des efforts en vue de sa résolution, et ceci dans une discussion ?

En particulier, un individu se contredirait-il performativement – y aurait-il une incompatibilité entre son énoncé et son énonciation – s'il soutenait qu'une norme est juste, mais que cette justesse n'a pas pour lieu d'attestation une discussion rationnelle ? Y aurait-il un non-sens, de sa part, à affirmer *à la fois* que son jugement personnel est valide et que ce jugement ne peut, en droit, être partagé par n'importe quel interlocuteur concerné, même de bonne volonté ? Il n'est pas assuré qu'il y ait ici une contradiction. La thèse de Habermas est affaiblie par le constat banal que nous n'avons pas besoin, pour être certains nos convictions, qu'elles nous apparaissent comme susceptibles d'être approuvées par autrui – et encore moins d'être acceptées par un auditoire universellement élargi.

On peut admettre, avec Habermas, que la coordination suppose l'entente, et que cette dernière repose à son tour sur la communication rationnelle. En revanche, une fois le désaccord constaté et la coordination devenue impossible, il n'est pas sûr qu'il y ait *pour des raisons logiques*, chez les interlocuteurs, une propension à restaurer l'accord et la coordination. On observe, sous la plume de Habermas, que la thèse de la visée de l'entente passe subrepticement d'un enjeu de *coordination des plans d'action* à un enjeu de *résolution des désaccords*. Or on se demande quelle est la justification de cette extension. Ni la discussion ni *a fortiori* une discussion aimantée par l'entente n'ont cette nécessité quasi-transcendante que Habermas repère à juste titre dans le cas d'une visée de coordination. Cela signifie qu'est peut-être excessive la confiance qu'il manifeste envers la discussion publique pour amener les interlocuteurs à rationaliser leurs actes de parole.

(b) Selon Habermas, pour être efficace, une norme doit pouvoir être obéie, d'un côté, au nom de la conviction de sa justification intrinsèque (c'est-à-dire au nom d'intérêts *universalisables*), et de l'autre par intérêt *particulier* :

[Les destinataires du droit] peuvent considérer les normes juridiques soit comme des commandements qui définissent des restrictions factuelles de leur marge d'action et les amène à gérer, d'un point de vue stratégique, les conséquences calculables d'une infraction éventuelle à des règles, soit comme des commandements valides qui les amènent, d'un point de vue performatif, à y obéir au nom

du respect de la loi<sup>41</sup>.

Développons l'argument. L'actualisation d'une condition est censée pallier la non-actualisation de l'autre. Ainsi, c'est parce que je tiens la norme pour légitime que, le cas échéant, je la respecterais en sacrifiant mon intérêt particulier (lequel est à comprendre comme le gain permis par une transgression sans risque) ; et c'est par intérêt particulier (pour éviter la sanction) que je la respecterais si la croyance en sa légitimité cessait d'être pour moi motivante.

On observe que Habermas oppose ici l'intérêt particulier et l'intérêt universalisable comme deux sources exclusives de motivation. L'héritage kantien est évident. Mais peut-on s'en tenir au dualisme strict qu'exprime la métaphore de la tête de Janus ? On pourrait soutenir qu'un intérêt tel qu'il apparaît au sujet est médiatisé à ses propres yeux par l'identité qu'il s'attribue, identité le plus souvent partagée (il interprète ses intérêts à partir de son appartenance à tel milieu social, en tant qu'habitant telle aire géographique, etc.). S'agissant de l'évaluation des normes, les agents sociaux ne jugent fréquemment un intérêt comme universel qu'à partir d'une généralisation d'un intérêt particulier (c'est peut-être ma situation de salarié qui me rend favorable au principe des augmentations de salaire pour tous). Réciproquement, les individus ont souvent besoin, pour se rendre sensibles à un intérêt universel, de saisir en quoi ils sont concernés de manière particulière (par exemple, attendre de voir dépérir les arbres de sa région pour admettre le réchauffement climatique).

Si, de l'intérêt vu comme particulier à l'intérêt vu comme universel, il n'y a pas de rupture mais un élargissement progressif, alors il devient difficile d'opposer une légitimité intrinsèque de la norme (reconnue dans une discussion rationnelle) à son caractère factuellement contraignant (déclenchant un agir stratégique). Il n'y a plus, d'un côté, un rapport purement rationnel à la norme et, de l'autre, un rapport purement opportuniste d'évitement de la sanction. Cela signifie notamment qu'on serait en peine de concevoir, à l'égard de la norme, cette attitude entièrement détachée et intellectualisée que semble impliquer la discussion rationnelle. Et, par ailleurs, qu'un agir utilitaire à l'égard de la norme peut lui aussi invoquer des raisons générales. On peut être tout à fait d'accord avec Habermas pour soutenir que la motivation à obéir à une norme doit pouvoir reposer sur une justification discursive et être stimulée par un aiguillon immédiatement efficace. En revanche, il n'est pas sûr que l'analyse selon laquelle ces deux conditions seraient, quoique complémentaires, de natures diamétralement opposées, reste entièrement convaincante. Bien plutôt, de l'une à l'autre, le passage est progressif et les échanges incessants.

(c) Posons enfin cette question : la formation démocratique de la norme peut-elle constituer un substitut *adéquat* et *suffisant* de l'agir communicationnel ? En d'autres termes, la procédure démocratique d'édiction des normes peut-elle se fonder entièrement sur l'argument le meilleur et aboutir à des règles réellement efficaces ?

Soulignons, à titre préliminaire, que la démocratie, chez Habermas, est une exigence<sup>42</sup>. Le discours philosophique sur la démocratie, c'est-à-dire sur une société

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 477.

<sup>42</sup> J.-M. Durand-Gasselin, parle à ce sujet, dans *Le puzzle postmétaphysique de Habermas*, d'une « fiction méthodologique ponctuelle » (Bruxelles, La Lettre volée, 2016, p. 448).

dans laquelle l'espace public est la source et l'origine des normes, n'est pas descriptif mais prescriptif. Pour autant, la théorie de la démocratie ne relève pas à ses yeux de l'utopie, car elle exprime le potentiel normatif *immanent* à la réalité sociale. L'exigence n'est pas portée seulement par tel ou tel philosophe mais par la société elle-même. C'est spontanément que la société tend à faire émerger un espace public susceptible d'inspirer le législateur. Or, dit Habermas, « un espace public ne se crée pas à volonté<sup>43</sup> », c'est-à-dire n'est pas entièrement domesticable ou manipulable. Il peut certes être investi par des groupes d'intérêts. Toutefois, les opinions ainsi produites perdent leur crédibilité dès que la manipulation est révélée. L'espace public, telle est sa thèse, tend à exister comme une structure autonome et à se reproduire par ses propres moyens, permettant ainsi des échanges linguistiques dont les résultats influent de manière légitime le pouvoir en place.

Admettons ces prémisses. La difficulté est alors de savoir comment on passe des discussions dans l'espace public à la production concrète de normes par le pouvoir politique. Dans l'agir communicationnel, une règle reconnue intersubjectivement comme valide devient *ipso facto* obligatoire pour les participants s'ils sont sincères. En revanche, même si une exigence normative se fait jour et s'impose dans l'espace public, sa traduction juridique ne saurait être directe. En effet, sauf exception, la transposition d'un idéal dans une norme positive suppose des choix quant à la répartition des coûts et des bénéfices que cette transposition implique. Alors, on passe d'un *débat de principe* à une *négociation* entre des intérêts divergents. La recherche du compromis, comme le souligne Habermas lui-même, est d'une nature entièrement différente de la recherche de l'entente<sup>44</sup>. En effet, dans le compromis, il ne s'agit pas de déterminer ce qui doit être reconnu comme obligatoire, mais quelles concessions les uns et les autres sont prêts à accepter. L'implémentation juridique d'une exigence sur laquelle il y a consensus ne peut s'opérer sans agir stratégique. Pour cette raison, on ne saurait considérer la formation démocratique de la norme comme un simple élargissement de l'agir communicationnel.

Par ailleurs, la norme publique n'a pas la même force d'obligation que la règle de comportement sur laquelle on s'entend dans l'agir communicationnel. Dans ce dernier cas, il y aurait une contradiction performative à reconnaître la validité d'une norme qu'on transgresserait par ailleurs. Mais, dans les sociétés démocratiques actuelles, les simples citoyens ne sont pas législateurs, sinon très indirectement ; et, sauf exception, ils ne s'engagent pas concrètement dans son édicition. Au demeurant, une norme publique est souvent d'une telle complexité, et parfois si marquée d'incohérences, qu'il est difficile d'être sans ambivalence à son égard. De ce fait, s'il y a assurément une *inconséquence* à, en même temps, la reconnaître comme juste et la transgresser, cependant il n'y a pas là de *contradiction performative*. En définitive, si la sanction associée à la norme publique compense l'éventuel déficit de motivation de l'agent, les conditions de son édicition sont en bonne part à l'origine d'un tel déficit.

Ces constats ne mettent pas en cause l'intérêt de la théorie habermassienne. Il faut simplement admettre que le droit n'est qu'un relais *imparfait* de l'agir com-

<sup>43</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 392.

<sup>44</sup> Voir *ibid.*, p. 185.



municationnel. En outre, Habermas évoque régulièrement la « culture politique libérale » (au sens d'un attachement aux libertés juridiquement garanties) comme condition d'une politique délibérative authentique :

Pour être vivace, une société de citoyens ne peut se constituer que dans le contexte d'une culture politique libérale et de modèles de socialisation appropriés [...] ; elle ne peut se déployer que dans le cadre d'un monde vécu déjà rationalisé. Sinon, on assiste à la formation de mouvements populistes qui défendent aveuglément les traditions invétérées d'un monde vécu mis en péril par la modernisation capitaliste<sup>45</sup>.

Cette idée sera reprise dans *L'intégration républicaine* :

On peut attendre des citoyens qu'ils s'orientent vers le bien public, mais on ne peut en faire une obligation juridique. La culture politique doit inciter à ne pas persister dans l'attitude, exclusivement orientée vers le succès personnel, des acteurs égoïstes du marché<sup>46</sup>.

Or, si cette culture favorable était un attribut simplement factuel de telle ou telle société, la théorie habermassienne pourrait se voir taxée d'incohérence. Car elle ferait reposer la rationalité de l'espace public, et finalement du droit démocratique, sur une condition qui serait contingente. On sait que Habermas théorise abondamment l'évolution morale de l'individu, dont il montre, en s'inspirant de Piaget et Kohlberg, les stades successifs (du pré-conventionnel au post-conventionnel) et la logique interne. Il montre aussi le lien entre la perspective « décentrée » de l'agent moral parvenu au stade post-conventionnel et sa capacité à participer à une discussion rationnelle<sup>47</sup>. Mais il ne va pas jusqu'à établir, si nous lisons bien, que la société assurerait *pour des raisons internes* la compétence interactionnelle requise par la vie démocratique. Expliquons ce point. Certes, pour Habermas, la vie démocratique assure un certain apprentissage cognitif et comportemental puisqu'elle tend à faire primer les arguments les meilleurs et à donner une force obligatoire aux normes qui en sont issues. Toutefois, Habermas ne soutient pas qu'elle assurerait inmanquablement la réalisation de ses propres conditions culturelles. Dès lors n'est-on pas fondé à lui reprocher de faire de la compétence à la discussion démocratique une sorte de miracle ?

Mais, pour répondre à la difficulté, on peut noter que certains aspects de cette compétence interactionnelle sont susceptibles d'être *institués* en lien avec un débat rationnel. D'ores et déjà, la fixation – par discussion – des règles de fonctionnement d'assemblées délibératives de toutes sortes contribue à l'engendrement d'une culture démocratique. Il en va de même des procédures d'enquêtes publiques, devenues obligatoires pour certains investissements : elles font admettre tendanciellement la prise de parole des personnes concernées – mais obligent tout autant celles-ci à jouer le jeu de l'argumentation. Songeons encore à la culture scolaire, qui pourvoit les individus de savoirs et de motivations et qui, à la différence d'une culture traditionnelle, peut être programmée dans le cadre d'une discussion ouverte. Une société pourrait décider démocratiquement de faire de l'apprentissage

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 398.

<sup>46</sup> J. HABERMAS, *L'intégration républicaine*, trad. R. Rochlitz, Paris, Pluriel, 1999, p. 273, cité par E. FERRARESE, « Le conflit politique selon Habermas », *Multitudes*, n° 41, 2010, p. 17.

<sup>47</sup> Voir J. HABERMAS, *Morale et communication*, trad. Ch. Bouchindhomme, Paris, Champs-Flammarion, 1999, p. 54 *sq.*

du débat une composante à part entière de l'enseignement scolaire... Il semble possible, en définitive, de consolider l'analyse habermassienne en la prolongeant. L'incontestable difficulté de mise en œuvre de l'agir communicationnel n'est pas un argument dirimant à l'encontre de cette analyse, à partir du moment où l'on saisit qu'une société est susceptible de se doter d'instruments qui peuvent le prendre en relais – quand bien même ces instruments sont à leur tour imparfaits.

## CONCLUSION

Dans l'histoire de la question de la légitimité, Habermas occupe une place singulière. Il ne s'agit pas pour lui de se demander ce qui rend une norme légitime en soi mais de s'interroger sur ce qui la rend susceptible d'être reconnue comme telle et quels sont les effets de cette reconnaissance eu égard au comportement concret des individus. Habermas se revendique du « tournant linguistique » selon lequel l'objet de la philosophie n'est plus constitué des attributs des choses mais des actes de parole sur les états de choses. Or son analyse a l'intérêt de montrer que ce tournant ne dissout pas l'idée de légitimité. Car la reconnaissance de validité doit s'appuyer sur de bonnes raisons. Précisément, montre-t-il, l'obéissance aux normes suppose que celles-ci puissent être considérées comme légitimes d'un point de vue universel. De ce fait, l'intérêt général qu'invoque implicitement toute norme publique n'est pas une notion superflue. Assurément, non pas parce que cette norme serait forcément juste, mais parce que, pour pouvoir compter sur la loyauté de ses destinataires, elle doit pouvoir être reconnue comme non arbitraire. S'il n'y a pas de validité susceptible d'être établie communicationnellement, il n'y a pas non plus d'efficience.

Les textes que nous avons étudiés montrent toutefois un infléchissement remarquable de la pensée habermassienne. Certes, la source de toute légitimité, pour *Raison et légitimité* comme pour *Droit et démocratie*, reste l'acceptabilité rationnelle telle qu'elle s'éprouve avant tout dans les conversations ouvertes. Néanmoins, *Droit et démocratie* montre le caractère potentiellement dissolvant de la discussion, dans la mesure où la recherche du consensus peut créer de la dissension. En outre, soutient l'ouvrage de 1992, la communication rationnelle pâtit d'un déficit d'efficacité. La prétention à la validité n'oblige pas, à elle seule, le locuteur à rendre son énoncé acceptable, et la reconnaissance de la validité d'un énoncé n'astreint pas non plus, à elle seule, l'interlocuteur à agir en conséquence. De ce fait une norme, même reconnue comme légitime, doit, pour être obéie, être relayée par des intérêts immédiats.

Ce double handicap – impuissance du consensus à produire des effets contraignants et risque d'une conflictualité générée par la discussion – peut trouver dans le droit positif une forme de remède. D'un côté en effet, les sanctions associées à la norme publique sont puissamment motivantes. De l'autre, le découplage de la discussion et de l'action qu'implique l'institutionnalisation de l'activité normative permet une discussion permanente sans pourtant que celle-ci ne suspende l'efficience des normes et donc la stabilité des attentes de comportement.

Comme on l'a vu cependant, on peut objecter à Habermas que la norme positive démocratique ne résout que partiellement la tension entre factualité et validité. En effet, même si une société est démocratique, les discussions qui, en son sein, sont à l'origine de la loi ne sont pas exemptes d'une part de stratégie. Par ailleurs, les membres de la société ne peuvent se sentir absolument engagés à l'égard d'une loi, quand bien même ils la reconnaissent comme juste, puisqu'ils n'en sont pas les



auteurs, sinon virtuellement. Il reste que, même si la norme publique démocratique ne constitue pas un substitut parfait à l'agir communicationnel, elle en est un étayage. L'intérêt de la pensée de Habermas est de penser les relais indispensables à l'engendrement de normes à la fois rationnelles et efficaces, c'est-à-dire exposées à la discussion et motivantes. À ce titre, sa pensée mérite d'être prolongée.

**Gilles Marmasse**

| Université de Poitiers, Métaphysique allemande et philosophie pratique (MAPP).



## Historicité et rationalité du droit Hegel contre Savigny

On connaît l'affirmation – (trop ?) fameuse – de la préface des *Principes de la philosophie du droit*, selon laquelle : « *Ce qui est rationnel est effectif ; et ce qui est effectif est rationnel*<sup>1</sup> ». Conjuguée à l'inscription, dans le même ouvrage, du vers de Schiller : « *die Weltgeschichte ist das Weltgericht*<sup>2</sup> » (qui annonce l'ultime section des *Principes de la philosophie du droit*, « L'histoire mondiale »), elle a fait l'objet d'interprétations diverses et n'a pas peu participé à nourrir les thèses d'un passéisme et d'un conservatisme hégéliens, ou du moins, les lectures de Hegel qui en font un chantre du fait accompli, défenseur de la position pour laquelle ce serait ultimement les faits qui donneraient la sanction de ce qui doit être. La conception hégélienne de l'histoire du monde comme « tribunal » conduirait à une pure approbation de ce qui est, le tribunal que serait l'histoire n'émettrait jamais que des jugements qui sont de simples enregistrements du fait, de la réussite, du « se-faire-valoir de la force » : des jugements qui ne font qu'entériner la pure et simple factualité. On en conclut que le « droit » dont parle Hegel ne serait jamais ainsi que, de manière larvée, un simple « droit du plus fort » avec toutes les apories et contradictions que contient cette idée. D'un point de vue général, une telle lecture repose cependant sur un malentendu quant à la nature et à la conception hégélienne de l'histoire et de la normativité dont elle est porteuse.

Plus particulièrement, s'agissant des *Principes de la philosophie du droit*, elle néglige que, par delà la critique du moralisme ainsi que la dénonciation du normativisme abstrait et du subjectivisme que Hegel décèle dans les formes modernes du jusnaturalisme, ils sont aussi le lieu d'un affrontement, ou du moins d'une distinction entre la conception philosophique et la conception positive et historiciste du droit. Or, celle-ci a précisément pour point nodal la conception de l'histoire dans son rapport à la factualité et la compréhension du type de rationalité dont le droit relève. Si la philosophie de l'histoire peut bien se présenter en effet comme la véritable théodicée<sup>3</sup>, l'histoire du monde elle-même, telle qu'appréhendée philosophiquement, « n'est pas le simple tribunal de la puissance de l'esprit, c'est-à-dire la

---

<sup>1</sup> *Principes de la philosophie du droit*, trad. J.-F. Kervégan, Paris, PUF, 2013 [désormais cité *PPD*], Préface, p. 129 ; *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [désormais noté *RPh*], dans G.W.F. HEGEL, *Werke in zwanzig Bänden*, 7, E. Moldenhauer & K.M. Michel (éd.), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969-1971 [désormais noté *W*, suivi du numéro de volume], p. 24

<sup>2</sup> « L'histoire du monde est le tribunal du monde » (F. VON SCHILLER, *Poèmes philosophiques/Gedankenlyrik*, trad. R. d'Harcourt, Paris, Aubier Montaigne, 1944, p. 71).

<sup>3</sup> *Encyclopédie des sciences philosophiques*, 1 : *Science de la logique*, trad. B. Bourgeois, Paris, Vrin, 1970 [désormais noté *ESP I*], § 147, Ad., p. 581 ; *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften* (1827/1830), 1 : *Die Wissenschaft der Logik* [désormais noté *Enzykl. 1*], *W 8.*, p. 290.

nécessité abstraite et dépourvue de raison d'un destin aveugle<sup>4</sup> », mais il faut distinguer entre « justification véritable » et justification « historiographique » : à l'appréhension positive du droit, Hegel oppose que la « justification » d'un état de fait par des raisons historiques ne « justifie » en réalité rien du tout.

En confrontant la position hégélienne avec certaines des thèses de l'École historique du droit, cet article prétend montrer que s'il est vrai que le « droit philosophique » ou « droit rationnel » n'est pas, pour Hegel, sans lien avec l'histoire et à la positivité, dans le même temps, il ne peut être ni réduit à ni confondu avec *tout* ce qui se donne factuellement pour « droit » et déterminations juridiques. Par là, il s'agira de souligner que, pour Hegel, la juste position de la philosophie à l'égard du droit n'est ni celle du jusnaturalisme moderne, ni celle de son appréhension strictement positive, empirique et historiciste. En réalité, la détermination hégélienne du droit, telle qu'elle trouve source et appui dans sa conception de la raison et l'affirmation ontologique de la bijection du rationnel et de l'effectif, revient à récuser l'alternative entre « droit naturel » et histoire telle que la formule, de façon fameuse, Léo Strauss. Selon celle-ci en effet,

Rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions injustes. En passant de tels jugements, nous impliquons qu'il y a un étalon du juste et de l'injuste qui est indépendant du droit positif et qui lui est supérieur : un étalon grâce auquel nous sommes capables de juger le droit positif<sup>5</sup>.

Or, s'il est vrai que Hegel récuse *certaines aspects* du droit naturel, il ne nie pas pour autant qu'il y ait un étalon du juste et de l'injuste « autre » que le droit positif, un critère qui permet précisément de juger les déterminations juridiques en vigueur ici et maintenant. Ce qu'il conteste, c'est, d'une part, que la « nature » puisse constituer un tel critère et, d'autre part, que ce critère soit parfaitement « indépendant », voire opposé à ce qui est – sous peine d'ailleurs d'être inefficace *comme* critère ou au contraire d'être porteur, s'il sert effectivement de principes aux actions, de conséquences terrifiantes. Autrement dit, ce que Hegel récuse est qu'un principe et des déterminations abstraits puissent constituer l'aune à laquelle ce qui est – et le droit positif est – doit être jugé : Hegel rejette les formes *abstraites* de normativisme, ce qui ne signifie pas le rejet de *tout* normativisme<sup>6</sup>.

Il s'agira d'abord d'examiner la détermination des grandes lignes de ce qu'est, pour Hegel, le « droit », c'est-à-dire ce dont la « science philosophique du droit » se veut être la saisie, dans sa double distinction d'avec le droit du droit naturel (moderne) d'une part et, d'autre part, d'avec le droit tel que le comprend et l'appréhende la « science juridique positive », dont les thèses de la jeune École historique du droit sont tenues par Hegel comme en livrant les traits fondamentaux. Si la conception hégélienne du droit peut paraître s'accorder avec l'appréhension empirique (et finalement historiciste) de la science juridique positive en affirmant la nécessaire

<sup>4</sup> *RPh*, § 342, p. 504 ; *PPD*, p. 543.

<sup>5</sup> L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, trad. M. Nathan et E. de Dampierre, Paris, Flammarion, 1986, p. 14.

<sup>6</sup> Je n'emploie bien entendu pas ici le terme « normativisme » selon son acception (somme toute particulière) kelsénienne. « Normativité » et « normativisme » désigne ici la structure de distinction *et* de liaison de l'être et de devoir-être, du *Sein* et du *Sollen* (non exclusivement juridique d'ailleurs).

positivité du droit et la liaison essentielle du droit à l'histoire, l'assignation de la forme légitime du droit positif comme le rôle et le statut que revêtent l'histoire et l'historicité pour l'une et l'autre conceptions témoignent de divergences profondes quant à leur détermination du droit. Un second temps montrera que le plan fondamental de ces divergences est précisément celui de la conception de l'histoire dans son rapport à la factualité et à la positivité et, plus avant, celui de savoir ce qui peut ultimement d'apprécier la rationalité d'une chose et son caractère juste ou injuste : de la *justifier*.

## I. DROIT POSITIF ET « DROIT RATIONNEL »

Le paragraphe 2 de l'introduction des *Grundlinien* affirme, de manière lapidaire, que « La science du droit est une partie de la philosophie<sup>7</sup> ». Cette affirmation contient en réalité à la fois l'énonciation de la distance de l'appréhension proprement rationnelle du droit relativement au « droit naturel » que celle de ce qui la sépare de la « science positive du droit ».

Rigoureusement saisi, pour Hegel, le droit ne procède ni de la pure nature, ni de la pure histoire, mais du concept de volonté et, plus avant, de la liberté correctement comprise, en tant qu'elle s'effectue et se donne un être-là, qu'elle s'« objective » (c'est pourquoi le développement de l'esprit objectif est aussi celui du concept de droit). D'un côté en effet, il n'y a pas de droits naturels, parce que la nature est précisément le lieu du non-droit et de la violence. Le droit procède non pas de la nature, mais du concept de volonté et ne peut être compris que dans sa liaison essentielle avec le concept de liberté, dont il est, *stricto sensu*, l'objectivation : son terrain n'est pas le naturel, mais bien le spirituel<sup>8</sup>. Cependant, d'un autre côté, si le droit ne saurait être déterminé à partir de cette « donnée immédiate » qu'est la nature, que le « système du droit » soit « règne de la liberté effectuée<sup>9</sup> » proscrit que l'appréhension proprement philosophique du droit soit, à l'instar de la science positive du droit, « une science historique qui a l'autorité pour principe sien<sup>10</sup> ». En effet, bien que son objet – le « droit rationnel » – ne soit en rien quelque chose qui devrait être sans être, la science philosophique du droit ne saurait s'en remettre au simple donné et déterminer exclusivement ce qu'est le droit à l'aune de ce qui est purement factuel. Une telle conception du droit est en effet dans le même temps paradoxalement trop charitable à l'égard du donné « brut » et trop peu hospitalière à l'égard de ce qui est véritablement présent. Le paragraphe 29 des *Grundlinien* énonce ainsi une définition du droit extrêmement extensive relativement à l'entente courante du droit mais aussi relativement au « droit des juristes » : « Qu'un être-là en général soit l'être-là de la volonté libre, tel est le droit<sup>11</sup> ».

Au premier abord déjà, une telle détermination est affirmation de cela que le concept de droit comprend toutes les configurations objectives de la liberté, mais seulement ce qui est une telle configuration de la liberté. Ainsi, l'objet de la « science philosophique du droit » est à la fois considérablement plus étendu que

<sup>7</sup> PPD, § 2, p. 138 ; RPh, p. 30.

<sup>8</sup> Voir PPD, § 4, p. 151 ; RPh, p. 46.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> PPD, § 212, Rem., p. 379 ; RPh, p. 365.

<sup>11</sup> PPD, § 29, p. 174 ; RPh, p. 80.

le seul « droit des juristes », puisqu'il convient encore d'appeler « droit », dans le vocabulaire hégélien, des « réalités », qui excèdent largement ce qui est couramment désigné comme tel – ainsi du « droit du héros », du « droit du monde », etc. Mais, sous un autre aspect, la science philosophique du droit porte sur un objet plus circonscrit, son champ est sous un autre aspect moins étendu que la science positive du droit, parce que toutes les déterminations (positives) du droit ne sont pas nécessairement, par elles-mêmes, conformes au droit. Plus encore : ce qui est de droit et que la science juridique positive prend pour objet peut être, affirme Hegel, tout à fait contraire au droit. Mais encore faut-il précisément entendre ce que signifient ici « droit positif » et « science positive du droit », et ce que sont, pour Hegel, les traits de la positivité du droit.

### A. Traits généraux de la positivité du droit

La remarque du paragraphe 16 de l'introduction de la *Petite Logique* énonce les caractéristiques par lesquelles, de manière générale, des sciences sont positives, en dépit de la nature possiblement rationnelle de ce sur quoi elles portent<sup>12</sup>. Quant au contenu, pour autant qu'elles portent sur l'être-là empirique qui est « champ de la variabilité et de la contingence », elles ne peuvent « faire valoir le concept, mais seulement des raisons<sup>13</sup> ». Quant à la forme ensuite, elles sont positives en ce qu'elles font passer les déterminations finies de la sphère sur laquelle elles portent pour des déterminations « absolument valables », tout comme elles ne peuvent montrer la dépendance et le passage de leur sphère à une « sphère plus haute<sup>14</sup> ». S'agissant du fondement de la connaissance encore, celui-ci doit être dit fini, parce que de telles sciences, si elles reposent en partie sur le raisonnement, se fondent aussi « sur le sentiment, la croyance, l'autorité d'autres instances, d'une façon générale l'autorité de l'intuition intérieure ou extérieure<sup>15</sup> » : elles sont impropres à fonder véritablement leur objet, mais le reçoivent toujours comme quelque chose d'extérieur, de présupposé. Le caractère positif d'une science tient enfin à la forme d'exposition qui est la sienne. Pour ce qui concerne plus particulièrement le droit et la science positive du droit, les *Grundlinien* affirment que le lieu de la pleine positivité du droit est la société civile. Dans l'introduction, il s'agit en effet seulement de mentionner

les déterminations qui interviendront alors [...] en vue de définir la limite du droit philosophique et d'écarter du même coup la représentation approximative, voire l'exigence, d'après laquelle un code positif, c'est-à-dire tel que ce dont a besoin l'État effectif, devrait procéder du développement systématique de ce droit philosophique<sup>16</sup>.

Le paragraphe 3 énonce ainsi les aspects par lesquels, « de manière générale, le droit est positif ». Il est tel :

a) par la forme consistant à être en vigueur dans un État, et cette autorité légale est le principe de la connaissance de ce droit, de la science juridique positive.

<sup>12</sup> C'est dire que le caractère positif d'une science ne tient pas nécessairement à la nature de son objet : c'est d'abord le type d'appréhension qui caractérise une approche comme positive.

<sup>13</sup> *ESPI*, § 16, Rem., p. 182 ; *Enzykl.* 1, p. 61.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *PPD*, § 3, Rem., p. 141 ; *RPh*, p. 35.

b) Quant au contenu, ce droit reçoit un élément positif : α) du caractère national particulier d'un peuple, du degré de son développement historique et de la connexion de tous les rapports qui appartiennent à la nécessité naturelle ; β) de la nécessité d'après laquelle il faut qu'un système de droit légal contienne l'application du concept universel à la manière d'être particulière des objets et des cas, laquelle se donne de l'extérieur, – application qui n'est plus pensée spéculative du développement du concept, mais subsumption de l'entendement ; γ) des ultimes déterminations exigibles dans l'effectivité de la décision<sup>17</sup>.

Deux points se signalent d'emblée à la lecture de ces deux passages. D'abord, il faut relever que, quand le propos annoncé est la circonscription de ce qu'est le « droit philosophique », il est dans le même temps affirmé, d'une part, qu'un « code positif » est requis par l'État rationnel et, d'autre part, que ce n'est pas aux philosophes d'élaborer un tel code, celui-ci ne pouvant résulter d'une pure déduction, qui pourrait être faite *a priori*, à partir des seuls principes rationnels du droit. La science philosophique du droit affirme la nécessité d'un code, mais ce code, ce n'est pas à elle de dire ce qu'il doit être, elle passerait outre son champ de légitimité et de pertinence en se livrant à une telle entreprise. Ensuite, et cela n'est évidemment pas sans lien, si la positivité du droit est bien annoncée comme étant un trait essentiel de celui-ci – ce qui peut paraître rapprocher les approches positive et philosophique –, l'énonciation des caractères de cette positivité du droit contient dans le même temps ce qui sépare la conception hégélienne du droit de celle de l'École historique du droit et de la conception du célèbre romaniste de Göttingen, Gustav von Hugo<sup>18</sup>, que cette dernière – bien que Hugo en ait sur certains points<sup>19</sup> – tient pour son inspirateur.

Pour rendre raison de cette affirmation, il faut cependant mettre en rapport les caractéristiques de la positivité du droit présentes dans l'introduction aux thèses contenues dans la section « Société civile » et à ce qui se rapporte à ce qu'il est convenu d'appeler la « Querelle de la codification<sup>20</sup> », qui constitue l'aspect le plus immédiatement visible et fameux de l'opposition de Hegel à Savigny. Dans cette

---

<sup>17</sup> PPD, § 3, p. 140-141 ; RPh, § 3, p. 34.

<sup>18</sup> Hugo avait fait paraître dès 1798 son *Traité de droit naturel comme philosophie du droit positif* (G. HUGO, *Lehrbuch der Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlin, August Mylius, 1798). Dans la polémique dont la remarque du paragraphe 3 des *Grundlinien* est le lieu, Hegel cite le – alors très fameux – *Manuel d'histoire du droit romain* (G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*, 5<sup>e</sup> éd., Berlin, Mylius, 1818 [1790]), en se référant à la cinquième édition de ce texte.

<sup>19</sup> Joachim Rückert montre ainsi que sur les rapports précis de l'« historique » au « scientifique » et sur le statut de l'histoire dans la science du droit, il n'est pas certain que Hugo suive tout à fait Savigny (voir notamment J. RÜCKERT, « Savigny et la méthode juridique », *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, n° 7, *L'esprit de l'école historique du droit*, 2004, p. 75-95, en particulier p. 85 sq.).

<sup>20</sup> Pour une présentation très claire, en français, des enjeux de ce débat et une introduction aux pensées de l'École historique et de Savigny, voir notamment O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle* (en particulier I, chap. I : « Naissance. L'École historique du droit et la querelle de la codification »), Paris, PUF, 2005 ; *Id.*, « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX<sup>e</sup> siècle) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 571-578, ainsi que la présentation d'A. Dufour à sa traduction du *Vom Beruf* : A. DUFOUR, « Présentation », in F.C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris, PUF, 2006, p. 3-46.

querelle alors brûlante, Hegel, on le sait, prend résolument le parti de son ancien collègue de Heidelberg, Anton Friedrich Justus Thibaut, contre son collègue de Berlin, Friedrich Carl von Savigny et si dans les *Principes de la philosophie du droit* ce dernier n'est jamais expressément nommé (les critiques prenant les positions d'Hugo pour objet explicite<sup>21</sup>), les allusions sont aussi transparentes que le propos est cinglant :

Dénier à une nation cultivée ou, en son sein, à l'état des juristes, la capacité de faire un code – étant donné qu'il ne peut s'agir de faire un système de lois nouvelles quant à leur contenu, mais au contraire de connaître dans son universalité déterminée le contenu légal qui est présent-là, c'est-à-dire, en y ajoutant l'application au particulier, de le concevoir de façon pensante – serait une des plus grandes injures que l'on puisse faire à cette nation ou à cet état<sup>22</sup>.

L'opposition est bien entendu lestée de forts enjeux immédiatement politiques. C'est cependant sur la base de divergences théoriques fondamentales quant à ce qu'est le droit, sa positivité et sa rationalité dans son rapport à l'histoire que les orientations politiques en viennent à se différencier, non l'inverse.

En effet, à travers la question de la codification et l'aspect révolutionnaire – ou, du moins, lié aux Lumières – de l'exigence d'un code<sup>23</sup>, s'énoncent d'une part l'exigence hégélienne d'une pleine publicité de la loi contre le monopole de sa connaissance par les juristes et, d'autre part, l'affirmation de la nécessaire et légitime inscription, dans le droit positif, des droits que la Révolution française a portés au jour et, en premier lieu, celui de la libre personnalité qu'ignore, pour Hegel, le droit romain : l'exigence que soit véritablement reconnu le « droit de tous les hommes<sup>24</sup> ». Ces deux aspects doivent être plus précisément compris en liaison avec l'explicitation des traits par lequel le droit est, pour Hegel, positif. Le premier, dont l'enjeu de la codification constitue comme le révélateur, est lié à la forme rationnelle – et qu'il faut exiger – par laquelle le droit atteint sa pleine positivité. Le second concerne plus particulièrement le contenu du droit positif, la part irréductible de contingence que comprend le droit en sa positivité qui doit conduire à distinguer entre la simple factualité des déterminations juridiques et leur caractère véritablement rationnel, c'est-à-dire le fait qu'elles soient, à proprement parler, des déterminations du droit : qu'elles soient justes. Or, ces deux aspects mettent en jeu le rapport du droit à l'histoire et, plus précisément, de sa rationalité à ce qui, en lui, relève de l'historicité.

## B. Loi et coutume : histoire et forme rationnelle du droit

L'un des points majeurs de l'opposition entre Hegel et Savigny tient bien entendu, d'abord, à l'évaluation distincte dont fait l'objet la législation elle-même

<sup>21</sup> Ainsi, la remarque du paragraphe 3 des *Grundlinien* vise-t-elle, non directement Savigny, mais G. Hugo, en lequel Savigny voit son prédécesseur, bien que, de fait, il n'ait jamais voulu participer à l'École historique du droit.

<sup>22</sup> PPD, § 211, Rem., p. 378 ; RPh, p. 363.

<sup>23</sup> Thibaut lie explicitement l'exigence d'un Code à l'*Aufklärung* et à la formulation kantienne de sa devise : « *sapere aude !* » (H. HATTENHAUER (dir.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, München, Vahlen, 1973, p. 91).

<sup>24</sup> *Encyclopédie des sciences philosophiques*, 3 : *Philosophie de l'esprit*, trad. Bourgeois, Paris, Vrin, 1988 [désormais noté ESP III], § 393, Ad., p. 415 ; *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften* (1827/1830), 3 : *Die Philosophie des Geistes* [désormais noté Enzykl. 3], W 10, p. 57.



(avant même qu'il soit question de codification) et le rapport hiérarchique – primat ou subordination – qu'elle entretient avec la coutume. Quand, pour Savigny, l'action du législateur peut à la rigueur être tenue pour bonne quand elle se borne à « venir en aide à la coutume » en dissipant doutes et incertitudes qui peuvent frapper son contenu comme son champ d'application<sup>25</sup>, le fait que le droit soit en tant que loi est pour Hegel l'un des traits essentiels de sa positivité, et qu'il faut exiger<sup>26</sup>. En effet, quant à la forme, la positivité du droit tient certes au fait qu'il a immédiatement validité dans un État particulier, mais cette validité est corrélée à cet aspect de la positivité du droit par lequel il est pleinement dans la forme de l'être-posé : la forme universelle dans laquelle le droit est véritablement posé (*gesetzt*) est la loi ou encore la loi (*das Gesetz*) est l'être-posé (*Gesetzsein*) du droit.

À cet égard, on peut bien dire avec Savigny que, d'une certaine manière, le droit est toujours déjà-là et qu'à travers la coutume le contenu d'une règle de conduite se donne comme immédiatement aux individus. Mais si cette adhésion immédiate et le fait que le contenu du droit puisse être familièrement tenu pour ce qui vaut comme droit est certes un de ses aspects fondamentaux, la positivité de celui-ci – c'est-à-dire le fait que l'on ait affaire à une règle juridique véritable – n'est atteinte que dès lors que ce contenu lui-même reçoit la forme de son « universalité déterminée<sup>27</sup> », que lorsqu'il est dans la forme de la loi :

Ce qui est en soi du droit est, posé dans son être-là objectif, c'est-à-dire déterminé par la pensée pour la conscience et admis-familièrement comme ce qui est le droit et ce qui a validité, la loi ; et le droit est, par cette détermination, droit positif en général<sup>28</sup>.

Contre l'affirmation savignicienne d'un primat de la coutume sur la loi et de la supériorité du droit coutumier sur la législation, concernant donc la forme idoine du droit en sa positivité, deux thèses et arguments hégéliens peuvent être soulignés. Il s'agit d'abord de la négation de l'opposition, voire de la mutuelle exclusion du droit « vécu » que serait la coutume d'une part et du droit imposé, extérieur et artificiel, que serait la loi d'autre part. Est ensuite mais conjointement en jeu l'affirmation hégélienne d'une liaison intrinsèque de ce qu'est le droit véritable à la possibilité d'une saisie rationnelle de celui-ci par tous ceux auxquels il s'applique.

Quoi qu'au premier abord négatif, le premier point est d'importance, car il est révélateur de certains aspects de ce qu'est, dans la conception hégélienne, la normativité juridique, la manière dont les individus s'y rapportent et son lien à l'historicité. Grossièrement énoncée, la position de Savigny, liée à son « organicisme », consiste à tenir que le droit étant quelque chose de vivant, qui, à l'instar du peuple

<sup>25</sup> Voir en ce sens F.C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, op. cit., chap. 3, p. 57 sq.

<sup>26</sup> Il n'est pas ici le lieu de développer cet aspect, mais il est frappant de voir à quel point la pensée hégélienne, à l'appui d'arguments certes différents, rejoint la revendication des révolutionnaires français exigeant que le droit soit donné dans la forme de la loi pour contrer le caractère muet, secret, opaque, changeant et inégalitaire qu'il revêt sans cela – autrement dit, certains aspects de l'affirmation des « vertus protectrices de la loi » et le fait qu'elle se présente comme instrument privilégié de lutte contre l'arbitraire. La différence (et elle n'est pas mince) est évidemment que, pour Hegel, la loi est très loin de pouvoir être considérée seulement comme un « instrument ».

<sup>27</sup> PPD, § 211, Rem., p. 376 ; RPh, p. 361-363.

<sup>28</sup> PPD, § 211, p. 375-376 ; RPh, p. 361.

et des « forces internes » dont il est le produit, évolue, la forme fixe et « morte » de la loi, dans ce qu'elle suppose en outre d'artificialisme, d'intervention extérieure et à cet égard « arbitraire » du législateur, ne saurait primer, à titre de source du droit, sur la coutume. Dans cette dernière serait en effet présente, de manière vivante, évolutive, la « conscience commune » d'un peuple. La réponse hégélienne à Savigny sur ce point consiste à souligner ce qu'il considère être une erreur dans la conception savignicienne de la loi et, partant, dans le rapport de celle-ci à la coutume. Bien que Savigny n'y soit pas explicitement mentionné, la remarque du paragraphe 211 des *Principes* est à cet égard très claire :

C'est une illusion de croire que, par leur forme, qui est d'être en tant que coutumes, ils [les droits coutumiers] doivent avoir l'avantage d'être passés à la vie (du reste, de nos jours, on parle précisément surtout de vie et de passage à la vie là où l'on est englué dans la matière la plus morte et les pensées les plus mortes), puisque les lois en vigueur d'une nation ne cessent pas d'être des coutumes du fait qu'elles sont écrites et collectées<sup>29</sup>.

Il est tout à fait faux et vain d'opposer la coutume et la loi comme le « vivant » au « mort », puisque la différence entre les deux, précisément, ne concerne pas le contenu ni la manière dont les individus s'y rapportent, mais simplement la forme. Rien n'est perdu de la connexion du droit à l'« esprit du peuple », ni de l'adhésion que lui portent les individus (qui est certes pour part de l'ordre de l'habitude et comprend possiblement une dimension affective) par le fait qu'il soit posé en tant que loi. Du contenu, en effet, rien n'est immédiatement modifié, mais « le positif des lois concerne seulement leur forme, d'être, en général, en tant que valables et sues, avec quoi est donnée en même temps la possibilité qu'elles soient sues de tous d'une manière extérieure habituelle<sup>30</sup> ».

Cela conduit au second aspect de l'opposition hégélienne aux thèses de Savigny concernant la forme de la positivité du droit. Non seulement, la forme légale du droit n'implique pas une fixation définitive du droit et l'amputation de ce qu'il a de vivant, elle n'empêche pas l'évolution (la législation est elle-même susceptible d'une progression), mais encore, positivement, un aspect essentiel du droit positif est qu'il puisse être su de tous (et non de quelques-uns seulement). Il ne saurait y avoir d'obligation sans saisie rationnelle au moins possible, ce que doit garantir la publicité véritable du droit, que seule sa forme légale permet pleinement. C'est aussi dire que (comme toujours en réalité en régime hégélien) la différence de forme, pour n'être « que » de forme, n'est toutefois pas une petite différence : on peut aussi peu séparer ce qui doit valoir comme droit de la possibilité, pour tous, d'une saisie consciente et rationnelle de ce qui doit ainsi valoir que l'on ne peut, de manière générale, séparer radicalement pensée et volonté. Par la forme, il en va aussi finalement du contenu, et c'est en regard de cette liaison que « [c]'est seulement en devenant loi que ce qui est du droit reçoit non seulement la forme de son universalité, mais sa détermination véritable<sup>31</sup> ».

Derrière le refus de la codification et dans la « manifestation subtile de “haine de la loi”<sup>32</sup> » que constitue, en dernière instance, la position de Savigny, il y a, pour Hegel, cette méprise fondamentale s'agissant de ce que doit être le droit lui-même.

<sup>29</sup> PPD, § 211, Rem., p. 376 ; RPh, p. 362.

<sup>30</sup> ESP III, § 529, Rem., p. 305 ; Enzykl. 3, W 10, p. 324.

<sup>31</sup> PPD, § 211, Rem., p. 376 ; RPh, p. 361-362, voir aussi la suite de la remarque.

<sup>32</sup> Nous reprenons cette expression à J.-F. KERVEGAN, « L'institution de la liberté », in PPD, p. 41.

Pour Hegel en effet le droit véritable est « quelque chose » qui peut et doit être rationnellement saisi et non simplement suivi à la manière dont les animaux suivent les « lois » de leur nature. Une telle conception implique l'illégitimité d'une position pour laquelle le sens, la signification et, finalement, le jugement du droit ne seraient en dernière instance accessibles et possibles qu'aux seuls juristes, aux seuls érudits en droit. Il en va donc ici de la nature de la normativité du droit et, plus généralement, des déterminations objectives : une règle dont on n'est pas susceptible de se saisir rationnellement, que l'on ne pourrait suivre que comme mécaniquement, ne peut pas véritablement *obliger*<sup>33</sup>. Seul le droit (posé) comme loi oblige, « seul ce qui est loi a force obligatoire en tant que droit<sup>34</sup> ». Il faut donc que les lois soient universellement connues et qu'elles soient publiques<sup>35</sup>. Non seulement ce à quoi chacun est tenu d'obéir doit être clairement déterminé et énoncé, de telle sorte que cela doit pouvoir être su de tous et accessible à chacun dans et grâce à cette forme, mais par l'élévation du contenu du droit à la forme de la loi, le « discernement rationnel » du contenu n'est pas non plus le seul privilège du juriste-savant.

Sous cet aspect, l'un des arguments de Savigny se retourne en quelque sorte contre sa position : affirmer l'infériorité de la loi sur la coutume en arguant de l'arbitraire du législateur en regard de la nécessité que son antiquité et son inscription dans les mœurs donnerait à la coutume est oublier que, en l'absence de code et de particularisation du droit déterminée par le législateur, c'est au juge que revient chaque fois de dire, par lui seul, face à chaque cas particulier, ce qu'est le droit, de le déterminer. Cette intervention de l'arbitraire du juge ne peut pas ne pas être : elle est pour Hegel irréductible, dans la mesure où elle est aussi un aspect de la pure positivité du droit. Mais s'il est une chose de la reconnaître et de lui faire sa part, autre chose est d'affirmer, d'une part, que tel est ce qui doit valoir pour la totalité du droit positif et, d'autre part, de n'« encadrer » absolument pas cette part de contingence qui ne peut être éradiquée par des dispositions légales et, partant, véritablement publiques. Autrement dit, refuser qu'il y ait une législation (étatique) ne revient pas, de fait, à ce qu'il n'y ait pas de législateur, mais simplement à cela que « les juges font [...] continuellement les législateurs<sup>36</sup> ». Ainsi, la différence principale entre le recueil de coutumes et le code est, contrairement à ce qu'affirme la position de Savigny, que la détermination et la particularisation du général est bien moins arbitraire dans le cas du code que dans celui de la « simple collection » au « caractère informe, indéterminée et lacunaire » qu'est le recueil de coutumes, parce que le principe de cette particularisation, dans le premier cas, ne provient pas non plus exclusivement du juge<sup>37</sup>.

Ces points, bien sûr, touchent à la question des sources du droit, mais ils la rejoignent en réalité médiatement. Au sujet de cette dernière, entendue strictement,

---

<sup>33</sup> Ce qui ne signifie pas que, de manière générale, suivre une règle suppose, comme son préalable, que l'on en ait une appréhension rationnelle, mais seulement que, pour autant que c'est bien à une règle de droit que l'on a affaire, cette saisie rationnelle doit être possible. À défaut, il ne s'agit que de simple contrainte ou de quelque chose qui relève de la pure causalité efficiente : ni de droit, ni de liberté.

<sup>34</sup> PPD, § 212, p. 378 ; RPh, p. 364.

<sup>35</sup> Voir PPD, § 215, Rem., p. 381-382 ; RPh, p. 368.

<sup>36</sup> PPD, § 211, Rem., p. 377 ; RPh, p. 363. Le propos rejoint évidemment celui du Hobbes du *Dialogue des Common Laws*.

<sup>37</sup> Voir *ibid.*

les positions hégélienne et savignicienne peuvent au contraire passer pour proches : pour l'un comme pour l'autre en effet, on peut bien dire que « l'esprit du peuple » est, pris généralement, la source fondamentale du droit. L'affirmation hégélienne selon laquelle la loi ne diffère de la coutume « que » par la forme, selon laquelle, plus encore, une loi détachée des mœurs et de la dimension d'habitude ou de familiarité qui leur est liée, n'est pas une « vraie » ni une bonne loi, pointe déjà le lien essentiel de la législation à l'« esprit d'un peuple », que le recours à Montesquieu manifeste d'ailleurs aussi.

Loin de correspondre à une position que l'on pourrait qualifier d'« artificialiste », la défense hégélienne de la loi et du code va au contraire de pair avec la thèse selon laquelle on ne saurait faire fi, s'agissant des déterminations du droit, de la prise en compte de la situation en laquelle le droit doit pouvoir valoir comme droit. Une (bonne) loi est aussi une loi qui convient à un peuple selon sa « complexion » propre et l'état dans lequel il est : une loi qui n'aurait qu'un rapport d'extériorité relativement au peuple pour lequel elle devrait valoir n'est pas une bonne loi. Ainsi un code « appartient avant toute chose à son époque et à la situation de la société civile en elle<sup>38</sup> ». On ne peut faire valoir la rationalité d'une disposition juridique contre la situation présente d'un peuple et son « degré de culture ». C'est que « faire un code » ne revient pas à « faire » le droit, mais « seulement » à ordonner des déterminations juridiques déjà pour part présentes dans la forme de la loi et, partant, selon une forme rationnelle. Il en va ici du droit privé comme du droit public et de la constitution : la question « Qui doit faire la constitution ? », en dépit de son apparente distinction,

se montre dépourvue de sens aussitôt qu'on l'examine plus précisément. Car elle présuppose qu'aucune constitution n'est présente-là. [...] Mais si cette question présuppose déjà une constitution présente-là, le faire ne signifie qu'une modification [*Veränderung*], et la présupposition d'une constitution contient elle-même immédiatement le fait que la modification ne peut avoir lieu que par une voie conforme à la constitution<sup>39</sup>.

On ne fabrique pas une constitution et, quoique « surgie dans le temps », il est essentiel que celle-ci ne soit pas « regardée comme quelque chose de fabriqué<sup>40</sup> », auquel cas elle ne saurait précisément être comme constitution. C'est pourquoi il est absurde de vouloir donner *a priori* une constitution à un peuple, cette constitution fût-elle, en soi, plus « rationnelle » que son absence ou que ce qui précède<sup>41</sup>. La meilleure constitution pour un peuple est la meilleure constitution d'un peuple déterminé et faire abstraction de cet aspect revient à négliger « le moment par lequel [la constitution] est plus qu'un être de raison<sup>42</sup> », c'est-à-dire une véritable constitution, laquelle, pour chaque peuple, « dépend, de manière générale, de la manière d'être et de la culture de sa conscience de soi<sup>43</sup> ». Une constitution est bien

<sup>38</sup> PPD, § 218, Rem., p. 385 ; RPh, p. 372. Il s'agit alors de l'exigence d'un code pénal, mais le propos vaut aussi bien pour un code civil.

<sup>39</sup> PPD, § 273, Rem., p. 466-467 ; RPh, p. 439.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> L'expérience de Napoléon en Espagne montre l'échec auquel est vouée une telle entreprise (voir PPD, § 274, Ad., p. 717 ; RPh, p. 440).

<sup>42</sup> PPD, § 274, Rem., p. 467 ; RPh, p. 440.

<sup>43</sup> PPD, § 274, p. 466 ; RPh, p. 440.

essentiellement liée à la « vie » d'un peuple et à son degré de développement, ce qui ne revient pourtant pas à dire que toutes les constitutions se valent : la question de savoir quelle constitution vaut pour tel peuple relève pour part en soi de l'historiographie et importe finalement peu s'agissant de savoir ce qu'est rationnellement la constitution<sup>44</sup>. Reste que, précisément, saisir rationnellement la constitution requiert de la penser dans son rapport essentiel à l'« esprit d'un peuple ». Or, cet « esprit d'un peuple », pour Hegel, n'est rien d'autre que l'État (rationnel), lequel « est en même temps la loi qui pénètre tous [l]es rapports [du peuple en question], la coutume-éthique et la conscience de ses individus<sup>45</sup> ».

Cette désignation hégélienne de l'État comme étant, véritablement, l'« esprit du peuple » manifeste que, par-delà le mot, les concepts hégélien et savignicien de *Volksgeist* sont très sensiblement distincts. Relativement au droit, l'un des points d'opposition majeurs entre les deux pensées concerne plus précisément sur la question de savoir quelle est l'instance légitime d'interprétation de l'« esprit d'un peuple », point auquel se rattache la conception de ce que sont les moyens et les instruments légitimes de celle-ci : en un mot, la question de savoir quelle est la voie rationnelle de l'accession du droit à sa pleine positivité. Pour Hegel, c'est l'État, institution véritablement universelle, qui est « l'interprète du *Volksgeist*<sup>46</sup> » – interprétation qui, pour être ainsi rationnelle, ne peut être que par la législation et le travail proprement législatif duquel on ne saurait dire que la société civile est complètement exclue. En revanche, pour Hugo et, plus clairement et de manière plus articulée encore chez Savigny, le véritable interprète et représentant du *Volksgeist* ou – pour reprendre l'expression du *Vom Beruf* – de la « *Bewußtsein des Volkes* », c'est le juriste, le savant et érudit en droit (romain), qui saisit celui-ci à travers celle-là.

En d'autres termes, quand, pour Hegel, le véritable foyer de la positivation rationnelle du droit est, par la légalisation, ce tout éthique véritable qu'est l'État, pour Savigny, c'est le juriste qui se voit doté de ce rôle privilégié et, plutôt que l'État, « c'est l'Université [qui] représente la nation allemande<sup>47</sup> ». Une telle conception fait l'objet des plus vives invectives de la part de Hegel, puisqu'elle ne revient jamais, à ses yeux, qu'à une défense d'un certain privilège et, plus encore, une manière de tourner le droit en « instrument de profit et de domination<sup>48</sup> ». Cela signifie que de tels juristes tiennent purement et simplement ceux qui n'ont pas l'honneur – ou le privilège – d'être, comme eux, des professionnels du droit, comme étant « leurs serfs en droit<sup>49</sup> ». À l'encontre d'une telle position, aux savants, s'agirait-il de savants en droit, n'a à être reconnue aucune primauté s'agissant de la reconnaissance de ce que sont, rigoureusement entendus, le droit et le juste : en dernière instance, leurs connaissances et compétence ne leur donnent aucune prérogative particulière à cet égard. Plus encore : elles ne posent en rien leur supériorité relativement à l'évaluation des déterminations juridiques, c'est-à-dire quant à

---

<sup>44</sup> Voir *PPD*, § 273, Rem., p. 466 ; *RPh*, p. 437.

<sup>45</sup> *PPD*, § 274, p. 466 ; *RPh*, § 274, p. 440.

<sup>46</sup> J.-F. KERVEGAN, « L'institution de la liberté », in *PPD*, p. 43.

<sup>47</sup> O. BEAUD, « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2009, vol. 1, p. 31.

<sup>48</sup> *PPD*, § 297, Rem., p. 496 ; *RPh*, p. 464.

<sup>49</sup> Voir *PPD*, § 3, Annotation marginale, p. 562 ; *RPh*, p. 44.

la question de savoir si celles-ci sont véritablement rationnelles et, plus avant, véritablement justes. Cela n'est pas à dire que la pensée n'intervient en rien dans cette évaluation et dans ce jugement, mais, précisément, la pensée ne se confond pas avec la connaissance et, moins encore, avec l'érudition.

Qu'il revienne à l'État et non au « juriste-savant » de dire le droit et que, de la sorte, le droit soit loi se rattache par ailleurs à la divergence fondamentale entre Hegel et Savigny quant à ce qu'est, de manière légitime et rationnelle, l'unité politique (et non pas seulement juridique), question politiquement brûlante dans le contexte allemand qui leur est contemporain. À travers l'élaboration d'un code et l'abandon du « fouillis » du droit romain que dénonce déjà Thibaut, fouillis dans lequel seuls les spécialistes seraient à même, armés de leur érudition, d'y voir clair, il en va aussi de l'exigence, pour l'Allemagne (pour autant qu'elle doit être une réalité véritablement politique), d'être un État, contre la volonté, notamment savignicienne, de son maintien sous la forme « quasi-fédérale » dont l'Empire romain-germanique, pourtant tombé avec Napoléon, donne le legs et qu'il faudrait restaurer<sup>50</sup>. Par-là se signale l'un des aspects essentiels de ce qui distingue radicalement l'appréhension hégélienne de celle du chef de file de l'École historique concernant le rapport du passé au présent et de ce qui est « seulement » historique (*i.e.* de la part « seulement » factuelle du passé) au rationnel. Que l'Allemagne, en effet, n'ait jamais été un État ne signifie pas qu'il ne soit pas rationnel qu'elle le devienne et ne justifie en rien qu'elle ne doive pas le devenir ni encore que l'on doive juger de ce que doit être son droit à partir du type de réalité politique qu'elle a jusqu'à présent été et qui, pour être une réalité historique, n'en est pas pour autant moins déficiente du point de vue de la rationalité véritable. La sentence, fameuse, qui ouvre le texte du jeune Hegel sur la *Constitution de l'Allemagne*, et son jugement sur les juristes contemporains contiennent déjà les éléments d'une telle position<sup>51</sup>. Outre l'enjeu politique et directement lié à l'actualité politique que contient la controverse<sup>52</sup>, cette défense hégélienne de l'État contre l'Empire à laquelle se rattache la revendication d'un code est de plus étroitement liée à cet autre aspect de la critique hégélienne du droit romain, dont l'abandon devrait être concomitant de la fin de l'Empire : celui de la reconnaissance du droit de tous les hommes, des principes rationnels du droit que la Révolution française a portés dans le monde et dans l'effectivité. Ce point conduit à la question du contenu du droit et de sa rationalité

<sup>50</sup> Sur ce point, comme pour une mise en lumière de l'opposition entre Thibaut et Savigny au prisme de « l'impensé "territorial" » faisant de la conception différenciée, chez l'un et l'autre auteurs, du type d'unité nationale que doit être et que doit réaliser le droit, voir la lecture du *Vom Beruf* proposée par O. BEAUD, « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière », art. cité.

<sup>51</sup> Voir *Verfassung*, W 1, p. 461 ; *Constitution*, p. 33 : « L'Allemagne n'est plus un État. Les anciens professeurs de droit étatique [*die älteren Staatsrechtslehrer*], qui, en étudiant le droit étatique allemand, avaient vaguement en tête l'idée d'une science et cherchaient, par conséquent, à former un concept de la constitution allemande, ne purent se mettre d'accord sur ce dernier ; finalement, les professeurs d'aujourd'hui ont renoncé à le trouver ; ils ne traitent plus le droit étatique [*Staatsrecht*] comme une science, mais comme la description de ce qui existe empiriquement, sans se conformer à une idée rationnelle ; et ils ne pensent pas pouvoir donner à l'État allemand d'autre nom que celui d'Empire ou de corps politique [*Staatskörper*] » (traduction modifiée).

<sup>52</sup> Et que le cours de 1818–1819 énonce très clairement, qui fait des contempteurs du Code des défenseurs de la féodalité et de ses privilèges, contre les principes rationnels du droit que la Révolution française a fait valoir dans l'effectivité et que le Code Napoléon a permis d'instituer.



dans son rapport à l'histoire et l'historicité, dont l'examen requiert de faire intervenir une troisième position, celle du jusnaturalisme (moderne).

### C. Historicité et rationalité du contenu des déterminations juridiques

En ce qui concerne le contenu, comme l'affirme le paragraphe 3 des *Grundlinien*, le droit est positif d'abord en cela qu'il est toujours relatif à un caractère national particulier, c'est-à-dire relatif aux déterminations historiques, géographiques, etc. de l'État en question. Bien que la positivisation du droit par et dans la loi soit, pour Hegel, la forme pleinement rationnelle de la positivité du droit, dans la parenté qu'entretient la loi, quant au contenu, à la coutume, Hegel paraît s'accorder avec Savigny sur cela que le droit ne saurait être le résultat d'un pur artifice, qu'il ne procède pas d'un simple « constructivisme » et, en tout cas, qu'il ne saurait en aucun cas être le produit de l'arbitraire des individus.

Avec la science positive du droit en effet, la philosophie s'accorde pour s'opposer à l'autorité du « sentiment du cœur, [de] l'inclination et [de] l'arbitre<sup>53</sup> » à l'encontre du droit positif et des lois, comme elle s'accorde avec « le grand principe de l'empirisme », opposé au devoir-être, selon lequel « ce qui est vrai doit nécessairement être dans l'effectivité et être-là pour la perception ». Plus encore, « comme l'empirisme, la philosophie elle aussi ne reconnaît [...] que ce qui est ; elle n'a pas savoir de ce qui doit seulement être et par conséquent n'est pas là<sup>54</sup> ». C'est l'une des objections et des critiques fondamentales que Hegel adresse aux conceptions modernes du droit naturel que de faire en dernière instance de l'arbitre, de l'individu particulier, le fondement ultime du droit ou encore, de faire de la volonté subjective finie le fondement du droit et, plus avant, de l'État<sup>55</sup>. Si l'idée d'état de nature comme état de liberté est une conception erronée, l'ambiguïté attachée à la notion de droit naturel et qu'enveloppe cette expression doit également être plus généralement soulignée<sup>56</sup>. Entre le « droit naturel » et le droit philosophique bien conçu ou « droit rationnel », le problème n'est pas qu'une question de mots tenant à l'équivoque du terme de « nature », qui désigne à la fois l'essence et l'immédiateté. L'objection contre le jusnaturalisme ainsi compris est autrement grave : l'erreur principielle du droit naturel (moderne) est qu'il confond arbitre et liberté, de telle sorte que le droit, la loi, ne peut, bien que certaines des conceptions jusnaturalistes en aient, apparaître que comme contrainte et limitation de la « liberté » ainsi comprise. Le droit naturel moderne est avant tout et fondamentalement une doctrine des droits subjectifs, ce sont avant tout la liberté individuelle, l'arbitre et ses

<sup>53</sup> PPD, § 3, Rem., p. 141 ; RPh, p. 34.

<sup>54</sup> ESPI, § 38, Rem., p. 299 ; Enzykl. 1, p. 108.

<sup>55</sup> Le geste contractualiste du jusnaturalisme moderne est ce qui est le plus directement visé, qui repose sur la confusion des principes du droit privé avec ceux du droit public.

<sup>56</sup> Voir notamment en ce sens RPh 17-18, § 2, Rem., p. 6-7 ; Heidelberg, p. 48-49 : « [L]e terme de “droit naturel” mérite d'être abandonné et remplacé par l'appellation “doctrine philosophique du droit” ou bien, comme il sera montré par ailleurs, doctrine de l'esprit objectif. L'expression de “nature” comporte cette ambiguïté qu'on entend par là 1) l'essence et le concept de quelque chose et 2) la nature sans conscience, immédiate, comme telle ».

« droits » qui donnent la mesure de ce qu'est le droit en général<sup>57</sup>. Or, affirme Hegel, ce qu'est le droit ne peut être déterminé abstraction faite de tout donné, d'une situation et d'un temps donnés – i.e., aussi, de l'histoire –, pas plus que l'on ne saurait faire, à l'instar des théories du contrat, de l'arbitre et de la volonté particulière l'assise de l'ordre juridique positif et de l'obligation qui lui est liée. En regard d'une conception du « naturel » du droit qui le conçoit tout à fait indépendamment de ce qui est et de ce qui a été, il convient de faire sa place à l'objectivité et à l'histoire.

Il peut alors sembler que le rejet hégélien du jusnaturalisme dont la Terreur révolutionnaire présente, dans l'objectivité, les erreurs consubstantielles et les dérives, entretient quelques similitudes avec les récusations et dénonciations savigniciennes de la figure de l'« égoïsme historique<sup>58</sup> ». Pour autant, les similitudes ne sont qu'apparentes, car si la nature, en son immédiateté, ne saurait être le fondement et la mesure du droit, par eux-seuls, le strict « donné », l'histoire et la situation d'un peuple à un certain moment de son histoire ne le peuvent pas plus : « en réalité, le droit et toutes ses déterminations se fondent uniquement sur la libre personnalité<sup>59</sup> ». Or, si cette « détermination par soi » est « le contraire de la détermination par la nature<sup>60</sup> », elle est aussi complètement ignorée du droit romain (tout comme elle était ignorée, d'ailleurs, des Grecs) que la jeune École historique du droit prend pour modèle de juridicité :

[L]es peuples antiques – les Grecs et les Romains – ne s'étaient pas encore élevés au concept de la liberté absolue, étant donné qu'ils ne connaissaient pas que l'homme en tant que tel – en tant que ce Moi universel, en tant que conscience de soi rationnelle – a droit à la liberté. Chez eux l'homme n'était, bien plutôt, tenu pour libre que lorsqu'il était né comme quelqu'un de libre. La liberté avait, ainsi, chez eux, encore la détermination de la naturalité. C'est pourquoi il y eut, dans leurs États libres, de l'esclavage, et, chez les Romains, éclatèrent des guerres sanglantes, dans lesquelles les esclaves cherchèrent à se libérer – à parvenir à la reconnaissance de leurs éternels droits de l'homme<sup>61</sup>.

Dans le droit romain plus particulièrement en effet, la personne « est seulement un état, une situation [*nur ein Stand, Zustand*]<sup>62</sup> » qui s'oppose à l'état d'esclavage : il n'y a pas, *stricto sensu*, aux yeux de Hegel, de droit des personnes en droit romain, parce que la personnalité y est toujours relative à un *status* et non d'abord au droit à des Choses qui détermine exclusivement le droit de la personnalité.

Or, si la propriété ne peut être comprise qu'à partir de la personne, il faut ajouter que la personnalité et la personne comme sujet de droit ne peuvent réciproquement être saisies qu'à partir du concept de propriété. Plus précisément, la personnalité ne peut être conçue qu'à partir de ce processus essentiel – propre à l'être rationnel et libre (c'est-à-dire d'abord ici non exclusivement naturel) qu'est l'homme – qu'est

<sup>57</sup> Une telle critique ne s'adresse pas seulement à ce que l'article de 1802 désigne comme les versions « empiriques » du droit naturel, mais aussi bien à la conception kantienne (voir notamment en ce sens *PPD*, § 29, Rem., p. 174-175 ; *RPh*, p. 80-81).

<sup>58</sup> F.C. VON SAVIGNY, « Sur le but de la présente revue », art. cité, p. 27.

<sup>59</sup> *ESP* III, § 520, Rem., p. 292 ; *Enzykl.* 3, *W* 10, p. 311.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *ESP* III, § 433, Ad., p. 534 ; *Enzykl.* 3, *W* 10, p. 223-224.

<sup>62</sup> *PPD*, § 40, Rem., p. 186 ; *RPh*, p. 99.



l'appropriation, et en tout premier lieu ce par quoi je prends possession, deviens et suis propriétaire de mon corps, de mon esprit et de ma vie. Cette appropriation première est la condition *sine qua non et per quam* de l'avènement du sujet de droit, de la personne et de la personnalité comme capacité à exercer des droits ou encore, elle est ce qui fonde rationnellement de manière générale, et pour reprendre la célèbre formule arendtienne, le « droit aux droits<sup>63</sup> ».

Il y a ainsi, premièrement, une corrélation essentielle et fondamentale de la propriété et du droit (privé), l'appropriation de soi étant au fondement de la propriété au sens plus étroitement juridique du terme. Seul le fait d'être une personne (*i.e.* de s'être approprié son corps et sa vie) donne droit à et sur des choses au sens d'en être pleinement propriétaire et, réciproquement, seuls l'appropriation et le droit à et sur des choses caractérisent véritablement le sujet de droit, la personne<sup>64</sup>. Parce qu'elle est support du droit, la personnalité est, relativement au droit, principielle et fondamentale, de telle sorte, d'une part, que les « biens » dont l'appropriation est constitutive de la personnalité sont inaliénables et le droit qui leur est attaché imprescriptible<sup>65</sup> et que, d'autre part, la personnalité, « contient de manière générale la capacité juridique et constitue le concept et l'assise, elle-même abstraite, du droit abstrait<sup>66</sup> ». C'est ainsi la personne qui donne au droit (formel) sa prescription : « sois une personne et respecte les autres en tant que personnes<sup>67</sup> ». Mais cela suppose, deuxièmement, que la personnalité, comme telle, n'est ni de nature, ni de statut<sup>68</sup>, au sens où elle serait redevable d'une détermination juridique, historiquement fixée, par laquelle, en fonction de la naissance, tel individu serait une personne et tel autre ne le serait pas. La personnalité procède du seul caractère en soi rationnel de l'homme, de telle sorte que doit être posée « la possibilité de l'égalité du droit de tous les hommes<sup>69</sup> ».

Ce double rejet de la nature et de l'histoire à titre de fondement de la personnalité se manifeste pleinement dans la dénonciation de l'esclavage comme « prétendue institution-juridique<sup>70</sup> » à laquelle donne lieu la remarque du paragraphe 57 des *Grundlinien*, « prétendue institution » au sujet de laquelle Hegel décèle une

---

<sup>63</sup> Voir notamment H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme*, Paris, Gallimard, 2002, p. 591 sq. et p. 871-874.

<sup>64</sup> C'est pourquoi il faut renoncer à l'absurde distinction de droit romain en droit des personnes et droits des Choses et affirmer que « la personnalité seule donne un droit à des Choses et que, par conséquent, le droit personnel est essentiellement droit des Choses, – Chose étant entendu au sens universel comme ce qui est de façon générale extérieure à la liberté, ce dont font aussi partie mon corps, ma vie. Ce droit des Choses est le droit de la personnalité comme telle » (PPD, § 40, Rem., p. 186 ; RPh, p. 99).

<sup>65</sup> Voir RPh, § 66, p. 141 ; PPD, p. 215 : sont « inaliénables les biens, ou plutôt les déterminations substantielles qui constituent ma personnalité la plus propre et l'essence universelle de ma conscience de moi, comme ma personnalité en général, la liberté universelle de ma volonté, mon éthicité, ma religion ; de même, le droit à ces biens est imprescriptible ».

<sup>66</sup> RPh, § 36, p. 95 ; PPD, p. 183.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Que la personnalité et le « droit aux droits » dont elle est porteuse ne soient pas de statut n'implique cependant rien quant à la question de savoir si elle est, par elle-même, un statut – question que je laisse ici en suspens.

<sup>69</sup> ESP III, § 393, Ad., p. 415 ; *Enzykl.* 3, W 10, p. 57.

<sup>70</sup> PPD, § 57, Rem., p. 204 ; RPh, p. 123.

« antinomie » entre « le point de vue historiographique » – qui, justifiant l’esclavage en arguant de raisons « historiques », ne considère l’homme que « selon une existence qui n’est pas appropriée à son concept<sup>71</sup> », selon son aspect factuel et immédiat seulement – et « le point de vue du droit naturel » – qui, pour sa part, fait fi de cet aspect factuel et immédiat et argue de ce qu’est l’homme selon son concept pour dénoncer l’esclavage comme un déni de droit. Les deux positions procèdent en réalité aux yeux de Hegel d’une abstraction, soit que le fait seul soit considéré abstraction faite du concept, soit que le concept seul soit tenu, abstraction faite de la factualité. Or, l’homme n’est pas immédiatement libre, en cela l’esclavage peut être justifié ; mais l’homme selon son concept est « esprit libre », l’esclavage est donc une injustice. Parce que ces deux positions s’en tiennent à l’un des aspects seulement de la chose, elles sont toutes deux fausses. Mais parce qu’elles se fondent sur ce qui est bien l’un des aspects de la chose, elles sont, dans leur apparente opposition, toutes deux vraies. Une antinomie a donc lieu, qui tient précisément à l’unilatéralité de chaque position, c’est-à-dire aussi bien à leur fausseté. Pas plus que le droit n’est par nature, l’homme n’est naturellement libre. La liberté est arrachement à la nature et aux déterminations naturelles, elle suppose et consiste en premier lieu en une appropriation de soi – *i.e.*, à un premier niveau, un « devenir-personne », la constitution de la personnalité comme avènement du sujet de droit – laquelle revient, pour l’homme, comme esprit et esprit libre, à « poser dans l’effectivité ce qu’il est selon son concept<sup>72</sup> ». En d’autres termes, que l’esclavage soit véritablement un « déni de droit » suppose précisément que soient un sujet de droit et un état de droit, lequel comme état de liberté, n’a précisément rien à voir avec un fait de nature.

Cela revient également à dire que l’esclavage est, de manière générale, une absurdité juridique : esclavage et état de droit sont contradictoires. Ils s’excluent l’un l’autre dans la mesure où état de droit et personnalité sont rigoureusement corrélatifs et que le concept même de droit exclut les différences statutaires : il n’a affaire qu’à des personnes. Autrement dit, dans un état juridique, l’esclavage est impossible et, réciproquement, une situation où l’esclavage est possible n’est pas (encore) un état juridique. Le point de vue du droit se situe précisément au-delà de l’état de domination, de violence et de combat pour la reconnaissance en lequel l’esclavage peut seulement avoir lieu. C’est pourquoi si le point de vue historiographique et le point de vue du droit naturel doivent être rejetés en raison de leur unilatéralité et de l’abstraction dont ils procèdent, la symétrie entre ces deux points de vue ne saurait être tenue : ils ne sont pas également faux. Le point de vue du droit naturel en effet partage au moins avec le point de vue rationnel le « point de départ », à savoir le concept de liberté. Reste que faute de prendre en compte la liaison essentielle du droit de la personnalité à l’existence effective d’un état de droit et donc, plus avant, de l’État, faute aussi de saisir les conditions conceptuelles *et* factuelles – c’est-à-dire aussi, redevables d’une histoire, d’un développement dans le temps et dans l’effectivité – de ce droit, le point de vue du droit naturel, d’une part, ne peut qu’en rester à une compréhension purement subjective du droit (et, conséquemment, à une détermination de la liberté comme simple arbitre) et, d’autre part, il n’est que point de vue de la revendication abstraite, qui réduit ce droit à un simple devoir-être. Cela indique toutefois que, sur ce point, il est requis de lier droit naturel et « science de l’État » – liaison par laquelle la véritable « science philosophique

---

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

du droit » se distingue précisément des conceptions du droit naturel et de leur compréhension de l'État comme étant, de manière générale, limitation de la liberté « naturelle ». Reste que, parce qu'elle a porté au jour ces principes rationnels du droit (abstrait), il faut « considérer le commencement de la Révolution française comme le combat que le droit public rationnel a engagé avec la masse de droit positif et des privilèges par lequel il était opprimé<sup>73</sup> ».

Ainsi, il ne s'agit pas pour Hegel de donner dans l'individualisme et le normativisme abstraits attachés au jusnaturalisme et les dérives « terroristes » auxquelles il est susceptible de conduire dans son rejet du « donné », mais d'affirmer que le fondement rationnel du droit ne saurait résider non plus dans le simple « donné » que constituerait de son côté « ce qui a toujours été » ou ce qui est simplement ici et maintenant, comme simple état présent et factuel des déterminations juridiques positives, qui pourraient être légitimées par cela seul qu'on voit en elles les manifestations de l'esprit (national) d'un peuple. En d'autres termes, si la « nature » ne peut tenir lieu de fondement, le « bon vieux droit positif<sup>74</sup> » ne le peut pas plus. Les faits et l'histoire seuls ne peuvent rendre compte du droit, mais on ne peut non plus concevoir ce qu'est le droit rationnel tout à fait indépendamment de ceux-ci.

Toutefois, les déterminations de l'histoire et de son rôle dans la détermination du droit par les sciences philosophique et positive du droit ne se recoupent pas, et c'est ce que doit permettre de montrer leur saisie toute différente de ce que requiert l'appréciation d'une chose comme étant véritablement *rationnelle* et, par-là, susceptible d'être tenue pour *juste*. C'est ainsi la question de la *justification* et de ce qu'elle exige qui révèle pleinement ce qui distingue ces deux positions et donne le terrain de leur confrontation.

## II. SCIENCE PHILOSOPHIQUE DU DROIT ET SCIENCE JURIDIQUE POSITIVE : LES « EXIGENCES DE LA RAISON »

Parce que le droit est en lui-même quelque chose de positif, l'appréhension positive du droit est parfaitement légitime. D'ailleurs, de ce que « droit philosophique » et « droit positif » diffèrent, il serait faux de conclure qu'ils sont en concurrence et « ce serait une grande méprise que de renverser ceci en prétendant qu'ils seraient opposés ou en conflit<sup>75</sup> ». Science juridique positive et science philosophique ne se tiennent en réalité pas sur le même terrain. Dès lors, puisque « le droit philosophique est différent du droit positif<sup>76</sup> » et que leur terrain diffère, le lieu de rencontre n'est normalement pas donné qui rendrait possible leur affrontement. Pourtant, l'affrontement a bien lieu et c'est la question de la justification dans sa liaison à l'historicité qui en constitue, pour reprendre une métaphore kantienne, l'arène. C'est au sujet de ce qu'est véritablement justifier et entendre que la concurrence a finalement lieu qui oppose fondamentalement science philosophique du droit et science juridique positive et le conflit s'ouvre plus précisément en raison

---

<sup>73</sup> [Beurteilung der] Verhandlungen in der Versammlung der Landstände des Königreichs Württemberg im Jahr 1815 und 1816 in *Nürnberger und Heidelberger Schriften* [désormais noté *Württemberg*], W 4, p. 506-507 ; *Écrits politiques*, trad. M. Jacob et P. Quillet, Paris, 10/18, 1996 [désormais noté *Pol.*], p. 272.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *PPD*, § 3, Rem., p. 141 ; *RPh*, p. 35.

<sup>76</sup> *Ibid.*

de la prétention, émanant de la science juridique positive, de fournir aux déterminations juridiques leur ultime justification en procédant à leur déduction de manière purement historique.

Qu'une telle prétention soit récusée comme illégitime par Hegel appelle toutefois des précisions. Nous l'avons vu, s'agissant du droit positif, la « vue historiographique » n'est pas purement et simplement à rejeter, loin s'en faut. Montesquieu doit au contraire être loué d'avoir correctement entrepris son exposition, en montrant la dépendance de la législation et des déterminations juridiques d'un État aux autres traits qui composent sa particularité et le caractérisent en tant qu'État d'un certain temps et d'un certain lieu : l'« esprit » qui y préside et forme, pourrait-on dire, sa « complexion » propre – son *Volksgeist*. Le mérite de Montesquieu est d'avoir saisi et montré la liaison intrinsèque fondamentale de celles-ci à celui-là, en quoi consiste « la vue historiographique véritable<sup>77</sup>. Cet éloge hégélien de Montesquieu et de l'idée, prise généralement, d'un « esprit des lois », n'a en soi rien de très original. La revendication du parrainage de Montesquieu est courante, notamment chez les juristes, avant et au moment de la parution des *Principes de la philosophie du droit*<sup>78</sup>. Mais ce recours à Montesquieu n'a ici rien de fortuit, il constitue justement une réponse à un certain usage de l'histoire par certains juristes : Montesquieu est sollicité comme rempart contre l'appréhension « historiciste » du droit<sup>79</sup>, ou plutôt contre la position qui consiste à tenir que cette appréhension historiciste serait la saisie légitime exclusive et ultime de ce qu'est le droit. Il faut, affirme Hegel, distinguer fermement l'entreprise historique de l'examen philosophique du droit. L'« historique » et l'historicité du droit que retracent la première ne peuvent et ne doivent pas être confondus avec la rationalité du droit et son développement conceptuel. En d'autres termes, la rationalité du droit n'est pas réductible à son historicité telle que l'appréhension positive du droit la met au jour et cette irréductibilité de la rationalité à l'historicité ainsi conçue emporte la distinction ou plutôt la non-superposition du légal et du légitime. Ainsi,

[e]xaminer, tels qu'ils apparaissent dans le temps, l'émergence et le développement de déterminations juridiques, – cette entreprise purement historique a son mérite et sa juste appréciation dans sa propre sphère, tout comme la connaissance de leur cohérence intelligible, qui procède de leur comparaison avec les rapports de droit déjà présents-là ; mais elle se tient en dehors de tout rapport avec l'examen philosophique, dans la mesure, en effet, où le développement à partir de raisons historiographiques ne se confond pas lui-même avec le développement à partir du concept, et où l'explication et la justification historiques ne s'étendent pas jusqu'à avoir la justification qui a une validité en et pour elle-même<sup>80</sup>.

L'enjeu du conflit est alors plus précisément celui des critères par lesquels, ultimement, une détermination juridique peut véritablement être dite juste par-delà sa

<sup>77</sup> Voir *ibid.*

<sup>78</sup> Voir R. VIERHAUS, « Montesquieu in Deutschland: zur Geschichte seiner Wirkung als politischer Schriftsteller im 18. Jahrhundert », in R. VIERHAUS (dir.), *Deutschland im 18. Jahrhundert: politische Verfassung, soziales Gefüge, geistige Bewegungen. Ausgewählte Aufsätze*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, p. 9-32.

<sup>79</sup> Voir M. BIENENSTOCK, « Qu'est-ce que l'« esprit objectif » selon Hegel ? », *Revue germanique internationale*, n° 15, 2001, p. 122 sq., [<https://doi.org/10.4000/rgi.828>].

<sup>80</sup> PPD, § 3, Rem., p. 142 ; RPh, p. 35-36.

légalité ou le fait qu'elle soit en vigueur à tel moment de l'existence historique et factuelle de tel État particulier donné. Bien, dès lors, qu'on ne saurait tenir qu'il y a une opposition ferme entre droit philosophique et droit positif, il faut maintenir la distinction entre les deux types d'appréhension du droit (et du droit positif) qu'elles constituent ; différence qui est, affirme Hegel, « très importante » et « en même temps très éclairante<sup>81</sup> ». Dans la mesure où elle a pour objet le droit sous l'aspect de l'être-là et reste les yeux fixés sur celui-ci, « la science positive du droit est une science historique qui a l'autorité pour principe sien<sup>82</sup> ». Elle est par là tout à fait incapable de faire le partage entre ce qui est du droit (*quid jus*) et ce qui est de droit (*quid juris*), entre ce qui n'est « que » légal et ce qui est véritablement juste et rationnel. Dans sa positivité même, la science historique du droit ne peut parvenir à des justifications ultimes ou même seulement satisfaisantes. Les justifications historiques qu'elle avance peuvent bien avoir leur intérêt, en réalité, elles ne sont en rien des justifications à proprement parler :

une détermination du droit peut, à partir des circonstances et des institutions de droit présentes-là, se laisser montrer parfaitement fondée et conséquente, et être cependant en et pour elle-même contraire au droit et irrationnelle ; c'était le cas d'une foule de déterminations du droit privé romain, qui découlaient de façon pleinement conséquente d'institutions telles que le pouvoir paternel romain, le mariage romain<sup>83</sup>.

Cette question de ce qu'est le juste par-delà le « *quid sit juris* », Kant reconnaît déjà qu'elle « pourrait bien plonger le jurisconsulte dans l'embarras<sup>84</sup> », mais que, pour autant, la détermination véritablement rationnelle du droit ne peut se dispenser d'y répondre. Tout ce qui est légal n'est pas pour autant juste et l'entreprise qui vise à réduire l'un à l'autre, ou, plus encore, qui se borne à exposer et à décrire les déterminations juridiques présentes-là en y adjoignant des justifications qui tiennent aux circonstances ou à des raisons, ne peut prétendre à la scientificité véritable. Aussi, la science positive du droit « même si elle regarde ceci comme une question sans objet pour son affaire, [n'a] pas le droit de s'émerveiller, du moins pas absolument, qu'on lui demande alors si, d'après toutes ces démonstrations, une détermination juridique est rationnelle<sup>85</sup> », c'est-à-dire si, par-delà son évidente légalité et la mise au jour de sa genèse historique, elle est véritablement juste.

Or le point nodal du conflit est précisément là : en montrant la genèse historique d'une détermination juridique ou encore en arguant de sa pertinence relativement au système de droit présent-là ou, plus généralement, aux circonstances, la science juridique positive prétend avoir donné le fin mot de la justification d'une telle détermination, mieux encore : en avoir par-là donné la déduction<sup>86</sup> et l'entente véritables ou encore la compréhension proprement dite. C'est cependant sur ce que « comprendre » veut dire que s'élève le litige et que porte plus particulièrement la

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> *PPD*, § 212, Rem., p. 379 ; *RPh*, p. 365.

<sup>83</sup> *PPD*, § 3, Rem., p. 143 ; *RPh*, p. 36.

<sup>84</sup> Voir I. KANT, *Droit*, Introduction, § B, p. 16 ; *MdS*, 1. *Rechtslehre*, Ak. VI, p. 230-231.

<sup>85</sup> *PPD*, § 212, Rem., p. 379 ; *RPh*, p. 365.

<sup>86</sup> « Déduction » doit ici être pris au sens kantien, que Kant emprunte lui-même au juriste dès la *Critique de la raison pure* (« Déduction des concepts de l'entendement ») : l'enjeu en est non pas seulement le *de facto*, mais le *de jure*, il est de savoir si, une chose étant de fait, elle est cependant légitime.

polémique de la remarque du paragraphe 3 des *Grundlinien*, en prenant Hugo et certaines des affirmations de son *Manuel d'histoire du droit romain* pour cible (quand même, derrière lui, ce sont l'entreprise de l'École historique du droit et la pensée de Savigny qui sont visées). L'entreprise historiciste confond en effet la justification véritable qu'est la mise au jour de la rationalité d'une chose avec la simple exhibition de raisons.

### A. Ce que c'est que comprendre : raisons historiques et « terrain rationnel »

Par « comprendre » une détermination juridique, l'approche de Hugo et de ses épigones désigne le fait de détenir le savoir historique concernant une détermination du droit positif, un savoir tel qu'il permet de rendre compte de la procession historique (*i.e.* ici purement factuelle) d'une disposition juridique donnée. La compréhension relève ainsi, en dernière instance, de la pure érudition – c'est-à-dire d'une étendue et de nombre de connaissances dont la philosophie ou, plus généralement, le « discernement rationnel » n'ont que peu à faire, parce qu'ils ne sont en rien décisifs pour le jugement et la détermination de la rationalité de la chose. Par comprendre, Hugo entend ainsi d'abord principalement, voire exclusivement, « la notion de tout le détail infini, ce qui est entièrement superflu pour le discernement rationnel ; – le savant, dit-on, comprend la Chose, – en tant que savant il est comprimé dans ce détail historiographique<sup>87</sup> ».

C'est au nom d'une telle conception de ce que c'est que « comprendre » que Hugo affirme des philosophes qu'ils n'entendent rien au droit positif, à l'instar de Favorinus à l'égard des *Douze Tables*<sup>88</sup>. Cependant, ce verdict à l'encontre des philosophes et de Favorinus manifeste en réalité tout à fait clairement ce qu'est la justification de ce qui est, par nature, positif<sup>89</sup>. En cela, il y a quelque chose de vrai, de juste et d'absolument légitime dans la position et l'appréhension de la science juridique positive. Il est bien vrai, en effet, que ce qui est « seulement » positif n'est susceptible, pour cette raison même, que d'explications « extérieures », de compréhension et de justification par de simples raisons (*Gründe*). Seulement, le fait même que ce type de « justification » soit ici valide, le fait que telle détermination juridique soit pleinement expliquée par-là, loin de montrer que cette dernière est juste et rationnelle, ne manifeste au contraire qu'elle n'a qu'une « valeur historiographique », dépendante des circonstances, qu'elle est, ainsi, « de nature périssable<sup>90</sup> » et vouée au passage : qu'elle est seulement positive et n'a pas de valeur en regard de ce qu'est véritablement la rationalité. Or, c'est très précisément cette distinction qui est contestée et niée par la position ici identifiée comme étant celle de la science juridique positive : selon cette position, dès lors, « comprendre » ne signifie rien d'autre que « se tranquilliser d'une bonne raison<sup>91</sup> », comme s'il s'agissait là d'une entreprise qui pouvait justifier quoi que ce soit (et, effectivement, on peut « justifier » tout et son contraire à partir de telles « raisons ») et comme si, surtout, il s'agissait là du tout de la rationalité.

<sup>87</sup> PPD, § 3, Annotation marginale, p. 562 ; RPh, p. 44.

<sup>88</sup> Voir PPD, § 3, Rem., p. 145 ; RPh, p. 38, où Hegel cite le *Manuel*.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> Voir PPD, § 3, Rem., p. 146 ; RPh, p. 38-39.

<sup>91</sup> Voir ainsi PPD, § 3, Rem., p. 147 ; RPh, p. 39-40.



Ici réside le « fond de l'affaire » : les juristes (et leur historicisme) ne reconnaissent pas qu'il y a un autre terrain, une autre entente de la rationalité que la seule érudition et l'exposition de raisons et de connaissances d'ordre historique. Pour ceux-ci en effet,

on ne comprend pas la Chose, on ne saurait pas de quoi il s'agit ; c'est-à-dire qu'on n'en resterait pas à ce dont ils sont d'opinion qu'il s'agit, à savoir justement au savoir historiographique et aux bonnes raisons d'entendement. « Ils ne comprennent pas » veut dire « ils se tiennent sur un autre terrain », et ce terrain-ci serait le seul, exclusivement ; ils ne reconnaissent pas qu'il y a aussi un terrain rationnel<sup>92</sup>.

Autrement dit, le grief principal à l'égard des tenants la science juridique historique et positive est qu'ils contestent l'existence même du terrain de la science philosophique du droit et c'est pourquoi un combat a lieu entre deux positions qui, ayant « leur demeure dans des sphères différentes », devraient conserver « l'un[e] à l'égard de l'autre une attitude indifférente<sup>93</sup> ». Mais d'une telle contestation du « terrain rationnel », il faut dire qu'elle est politiquement inacceptable et, surtout, complètement erronée.

La négation de l'existence du « terrain rationnel » distinct du terrain de la pure positivité et de son cortège de raisons historiques est d'une part politiquement inacceptable, car s'il est bien vrai que, de manière générale, le droit est « quelque chose de sacré<sup>94</sup> » et que, par ailleurs, la défense des privilèges du métier est fort compréhensible, les hommes, c'est-à-dire tous les hommes et non pas seulement les juristes « savants », ne sont en rien, à l'égard du droit, des « profanes ». Plus encore :

ce droit de conceptualiser rationnellement, aucun peuple ne se le laisse retirer. Les hommes ne sont pas des profanes, ici encore moins qu'en religion, et le temps est venu de s'interroger sur la raison de la Chose [*Vernunft der Sache*]<sup>95</sup>.

Cela seul ne constitue toutefois pas un argument véritable contre la position dont Hugo est ici tenu pour le héraut et il faut ajouter que, d'autre part – et surtout – cette négation repose sur une erreur et une méprise principielles. Tel est d'ailleurs ce dont Hugo lui-même semble s'apercevoir, lorsqu'il affirme, par exemple (d'ailleurs à raison) que la situation juridique romaine ne satisfait pas pleinement « aux plus hautes exigences de la raison », quand même des raisons historiques peuvent en être données<sup>96</sup> : il faut donc qu'il reconnaisse et fasse intervenir autre chose que celles-ci pour juger de la rationalité d'une situation et de déterminations juridiques. Le problème est que, avec la conception de la raison et de la rationalité que véhiculent par ailleurs son discours et sa position, une telle affirmation paraît complètement arbitraire : on ne voit pas en quoi certaines des détermi-

<sup>92</sup> *RPh*, § 3, Randbemerkung, p. 44 ; *PPD*, § 3, Annotation marginale, p. 562.

<sup>93</sup> *PPD*, § 3, Rem., p. 144 ; *RPh*, p. 37.

<sup>94</sup> *PPD*, § 30, p. 175 ; *RPh*, p. 83.

<sup>95</sup> *PPD*, Annotation marginale, p. 562 ; *RPh*, § 3, p. 44.

<sup>96</sup> Voir *PPD*, § 3, Rem., p. 148-149 ; *RPh*, p. 40 : « Mais Monsieur Hugo en vient aussi, dans le manuel cité, à parler de rationalité en ce qui concerne le droit romain. [...] [Dans le *Lehrbuch*] (§ 40), Hugo affirme de la situation juridique romaine qu'"elle était encore très éloignée de satisfaire aux plus hautes exigences de la raison" (tout à fait exact : le droit familial romain, l'esclavage, etc., ne donnent aucune satisfaction à des exigences même très minimes de la raison) ».

nations romaines seraient en ce sens, moins « rationnelles », que d'autres. De manière générale, une telle position ne permet en réalité en rien de voir et de montrer en quoi telle détermination est véritablement rationnelle.

La position et la « méthode », de Hugo échouent ainsi à la fois à fournir un critère de rationalité et un critère tout court : elle échoue dans l'entreprise de compréhension comme dans l'entreprise de jugement. Les deux sont bien entendu liées : parce que sa conception de la rationalité est défailante, l'évaluation qu'elle implique l'est tout autant. L'erreur fondamentale ici est d'avoir réduit le rationnel au positif et à l'historique et, en l'occurrence, au simple factuel. Autrement dit, le « problème de Hugo » – ou, plus largement de l'appréhension strictement historique – n'est pas qu'il prétende fournir des explications érudites d'ordre historique. Au contraire, puisqu'il y a une part irréductiblement positive du droit positif, celles-ci sont légitimes et dignes d'intérêt. Le problème est plutôt qu'il prétende par-là avoir énoncé le tout de la rationalité de la chose et le critère ultime par lequel elle devrait être jugée. Or, précisément, une telle entreprise ne permet pas de décider si une chose est rationnelle ou non et elle échoue également à fournir quel que critère que ce soit. Le vrai problème de cette position est qu'elle nie la possibilité de tout autre plan de rationalité que celui de la pure érudition historique, qu'il y ait un autre terrain de la compréhension et de la justification : qu'elle pose son terrain et son appréhension comme ultimes et exclusifs. Il faut cependant regarder de plus près ce sur quoi une telle critique s'établit.

## B. Les circonstances, les causes, les raisons

En procédant à la mise en lumière de la genèse « seulement » historique de ce qui est pour le « justifier » comme s'il s'agissait là de quelque chose d'ultime, l'appréhension historique du droit manifeste en réalité confusion qui la soutient entre la causalité extérieure, dans le phénomène, et la procession proprement rationnelle, selon la détermination immanente du concept. La justification historique s'en tient à l'extériorité et à la nécessité « seulement » extérieure sans pouvoir parvenir à la nécessité immanente de la Chose. Comme telle, la justification qu'elle est ne peut en rien établir la nécessité interne de quoi que ce soit, par quoi peut être seulement revendiqué l'établissement véritable de quelque chose. Ou encore,

que les déterminations du droit soient conformes au droit et à la raison, établir ceci (ce qui ne peut avoir véritablement lieu que par le concept) est tout autre chose qu'exposer l'aspect-historique de leur émergence, les circonstances, cas, besoins et données qui ont occasionné leur établissement<sup>97</sup>.

La confusion entre « concepts juridiques » – qui sont d'un certain lieu et d'un certain temps – et « déterminations juridiques universelles » – qui ne sont pas seulement relatives à une situation historique donnée (bien qu'elles soient aussi déterminées historiquement et ne puissent apparaître n'importe quand) – illustre pleinement cette réduction de « l'engendrement à partir du concept » à « l'engendrement extérieur », historique, qui est tout autant inversion de ce qui est en réalité déterminant :

En négligeant cette différence [*i.e.* la différence entre concepts juridiques et déterminations juridiques universelles], on aboutit à détraquer le point de vue et à déplacer la question de la justification véritable vers une justification par des

---

<sup>97</sup> *PPD*, § 3, Rem., p. 143 ; *RPh*, p. 36.



circonstances, vers une concordance avec des présuppositions qui valent peut-être tout aussi peu pour elles-mêmes, et on aboutit, de façon générale, à mettre le relatif à la place de l'absolu, le phénomène extérieur à la place de la nature de la Chose<sup>98</sup>.

Ce faisant, il arrive à la justification historique exactement le contraire de ce qu'elle vise à faire : en voulant montrer la nécessité et la légitimité d'une détermination en en montrant l'engendrement historique, elle parvient seulement à montrer que celle-ci est relative aux circonstances. Quand elle cherche à montrer l'absolue nécessité d'une chose, sa démarche n'a pour résultat que de mettre en lumière sa relativité et donc sa nullité une fois les circonstances qui la fondaient disparues<sup>99</sup>.

À de telles positions et à une telle manière de « justifier » une détermination juridique en arguant de son antiquité peuvent être adressés les propos que tenait déjà l'article de 1817 à l'encontre de l'assemblée des états wurtembergeois qui, à l'instar des émigrés français à leur retour, « n'ont rien oublié et rien appris, [mais] semblent avoir dormi ces vingt-cinq dernières années qui sont bien les plus riches que l'histoire universelle ait jamais connues et pour nous les plus instructives parce que notre monde et nos idées leur appartiennent<sup>100</sup> ». Or, cette précarité de la justification d'entendement à l'œuvre dans la science positive de droit se manifeste plus pleinement encore lorsque, non satisfaite de cette « justification » par les circonstances et la causalité seulement efficiente, elle en vient à cette « immortelle duperie – la méthode de l'entendement et de sa pensée-ergoteuse », qui consiste à faire appel à « une bonne raison pour une mauvaise cause<sup>101</sup> ».

Que signifie alors cet appel à des raisons ou à des fondements (*Gründe*) ? En quoi est-il impropre à justifier véritablement les déterminations juridiques présentes-là ou, plus généralement, en quoi le fait de pouvoir avancer le fondement de quelque chose n'est-il pas suffisant, aux yeux de Hegel, pour en montrer non seulement la nécessité mais encore la légitimité (montrer que cette chose doit être au double sens de la nécessité et de la normativité) alors que, précisément, ce qui est fondé passe généralement pour ce qui est non seulement de fait, mais de droit ?

Le concept de fondement (*Grund*) est l'un des concepts fondamentaux de la Logique de l'essence. Plus précisément, la catégorie de fondement comme telle, dans l'économie du procès de l'essence, est la dernière des déterminations de l'essence comprise comme réflexion en elle-même et trouve ainsi sa place au seuil de l'existence comme premier immédiat de l'essence. Le fondement n'est alors qu'unité précaire des catégories dualistes caractéristiques de l'essence, totalisation d'abord abstraite des déterminations-de-réflexion, de telle manière aussi qu'il « n'a encore aucun contenu déterminé en et pour soi<sup>102</sup> », mais n'est que comme « unité immédiate de la réflexion en soi et de la réflexion en autre chose ». Là se tient tout entier le « formalisme du fondement » qui n'est précisément fondement que dans la mesure où il fonde, mais qui est impuissant à se fonder lui-même (auquel cas, il serait

<sup>98</sup> PPD, § 3, Rem., p. 143-144 ; RPh, p. 36-37.

<sup>99</sup> Voir *ibid.*

<sup>100</sup> Pol., p. 273 ; Württemberg, W 4, p. 507-508.

<sup>101</sup> PPD, § 3, Rem., p. 146 ; RPh, p. 39.

<sup>102</sup> ESP I, § 122, Rem., p. 381 ; Enzykl. 1, W 8, p. 252-253.

véritablement actif, productif, il serait le concept) – ce pourquoi d'ailleurs il n'y a pas de « fondement suffisant<sup>103</sup> ».

Ainsi, l'explication par l'indication de fondement est parfaitement tautologique en ce qu'elle procède de la réflexion qui demande à voir la Chose une fois dans la détermination de l'être-là, une fois dans celle de l'être-posé : ce qui est mobilisé alors n'est jamais qu'une forme plus déterminée, médiatisée, de la proposition d'identité ( $A=A$ ). Relève par exemple de ce genre d'explications qui s'en tient au fondement comme « fondement formel » le fait de rendre raison du mouvement des planètes autour du soleil par les lois de l'attraction de la terre et du soleil l'une en regard de l'autre : un seul et même contenu est présent une fois dans la forme de l'immédiateté, une fois dans celle de la médiation<sup>104</sup>. En outre, même si une telle explication progresse jusqu'au fondement réel – c'est-à-dire le fondement en tant qu'il contient la différence entre fondement et fondé –, elle n'est alors certes plus purement tautologique, mais, pour autant, rien du formalisme du fondement ne disparaît par là : l'explication a encore alors ceci d'arbitraire et de contingent que c'est alors la réflexion extérieure qui, dans la variété des déterminations que contient la chose, décide de celle qui est « déterminante ». Ainsi :

L'acte-de-rechercher et d'indiquer des fondements, en quoi consiste surtout le raisonnement [*Räsonnement*], est, pour cette raison, un vagabondage sans fin, qui ne contient aucune détermination ultime ; on peut à propos de tout indiquer un et plusieurs bons fondements aussi bien qu'à propos de son opposé, et une multitude de fondements peuvent être présent sans que rien n'en découle. Ce que Socrate et Platon nomment sophistication [*Sophisterei*] n'est rien d'autre que le raisonnement à propos du fondement<sup>105</sup>[.]

Aussi l'explication ou la justification par des fondements ou de bonnes raisons ne peut-elle en rien passer pour quelque chose d'ultime : elle n'est que le fait de la réflexion extérieure d'entendement qui en reste à l'extériorité de la chose et, de la sorte, reste de part en part entachée de contingence et d'arbitraire sans pouvoir rien établir qui soit « suffisant ».

Hugo avance toutefois une raison supplémentaire pour arguer de la rationalité du droit romain, qui se pose comme une exigence pour la science juridique : son type d'exposition et « la déduction conséquente à partir des principes » qui y est présente. La science juridique serait, dans son exposition, pleinement conforme aux exigences de la raison parce qu'elle dispose ses propositions selon les règles de la démonstration formelle et de la déduction mathématique à partir de principes. Hegel cite ainsi le paragraphe 314 du *Lehrbuch*, dans lequel Hugo affirme la présence de la plus haute « culture du droit comme science » chez les juristes romains classiques et que nul ne mérite plus qu'eux « d'être mis sur le même rang que les mathématiciens, pour ce qui est de la déduction conséquente à partir des principes », ce dont attesterait « cette circonstance remarquable que nulle part il n'intervient

<sup>103</sup> Sauf à adjoindre, comme le fait d'ailleurs Leibniz, la pensée de la causalité finale, de la téléologie, à la détermination de fondement. Mais, dans ce cas, il ne s'agit plus de « fondement » à proprement parler.

<sup>104</sup> Voir *SL 2 : Science de la Logique, 2 : Doctrine de l'essence*, trad. P.-J. Labarrière et G. Jarczyk, Paris, Aubier-Montaigne, 1976 [désormais noté *SL 2*], p. 111 sq. ; *Wissenschaft der Logik*, I, II : *Die Lehre vom Wesen* [désormais noté *WdL 2*], *W 5*, p. 98 sq.

<sup>105</sup> *SL 2*, p. 123-124 ; *WdL 2*, p. 109.

plus de trichotomies que chez les juristes classiques et chez Kant<sup>106</sup> ». Or, outre le fait qu'il est parfaitement absurde de qualifier de « kantienne » une déduction par le simple fait qu'elle s'établirait de manière trichotomique<sup>107</sup>, une telle exposition, si elle peut bien convenir à la mathématique ou aux sciences d'entendement en général, n'a strictement rien à voir avec la démonstration et la déduction véritablement rationnelles d'une chose<sup>108</sup>. Une telle prétention à la rationalité et à la scientificité à l'appui d'un tel argument doit être également être rejetée, puisque – et cela vaut aussi bien entendu à l'encontre de la saisie leibnizo-wolffienne du droit – « cette rigueur d'entendement n'a rien à voir avec la satisfaction des exigences de la raison<sup>109</sup> ».

### C. Positivité du droit et « super-sagesse »

Relativement au contenu du droit positif, une dernière précision doit encore être apportée, qui circonscrit le champ de pertinence et de légitimité de la « science philosophique du droit ». Concernant le contenu en effet, le droit n'est pas seulement positif en raison de sa relativité à un caractère national particulier, il l'est encore en ce que dans toute législation, le droit est en tant qu'appliqué à des cas particuliers, application qui ne peut être déterminée rationnellement, selon l'immanence du concept, mais seulement selon la subsomption d'entendement, c'est-à-dire de l'extérieur. Il l'est en outre enfin en ce qu'il contient nécessairement l'acte singulier de la décision du juge – qui, encore une fois, échappe à la détermination rationnelle, ou plutôt, à l'égard de laquelle la raison est indifférente. Cela implique que s'il est vain de chercher, à l'instar de la science juridique positive, à déduire ce qu'est le droit à partir des seules déterminations juridiques positives, il est également absurde de vouloir déduire, à partir de la seule raison ou plutôt des principes rationnels du droit tout ce qui est ou doit être légal, à la manière dont, notamment, Wolff et l'école wolffienne prétendent l'entreprendre<sup>110</sup>. Autrement dit, si la positivité du droit ne doit pas conduire à nier le « terrain rationnel », il est aussi peu

<sup>106</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*, op. cit., § 314, cité par Hegel dans *PPD*, § 3, Rem., p. 149-150 ; *RPh*, p. 41.

<sup>107</sup> Voir *RPh*, § 3, Anm., p. 42 ; *PPD*, p. 151 : « il est grotesque de rapprocher les juristes classiques de Kant à cause de quelques divisions trichotomiques », et il l'est plus encore « de voir quelque chose de tel nommé développement des concepts ».

<sup>108</sup> Cela vaut bien entendu aussi pour Kant : la « triplicité » ou « trichotomie » formelle des expositions kantienne n'est précisément, pour Hegel, en rien quelque chose qui serait à louer. Elle ne fait que manifester la rationalité d'entendement à l'œuvre dans la philosophie kantienne (bien que l'on ne puisse tout à fait dire que la pensée de Kant s'y réduise) et le dualisme duquel elle ne parvient à sortir, bien qu'il ait vu (mais non pleinement conçu) le pouvoir proprement dialectique de la raison. La dénonciation comme absurde ou plutôt « dénué d'esprit » par Hegel du schéma formel « thèse – antithèse – synthèse » (qui, ironie des réceptions !, lui est si couramment imputé) appliqué systématiquement et partout par Kant, laisse voir clairement ce qu'est son jugement au sujet des ainsi nommées « trichotomies kantienne ».

<sup>109</sup> *PPD*, § 3, Rem., p. 150 ; *RPh*, p. 41 : « Cette rigueur-là, célébrée par Leibniz, est certes une propriété essentielle de la science du droit, comme de la mathématique et de toute autre science d'entendement ; mais cette rigueur d'entendement n'a rien à voir avec la satisfaction des exigences de la raison ni avec la science philosophique ».

<sup>110</sup> De cette démarche relève notamment le gigantesque *Jus naturae* de Christian Wolff (Chr. WOLFF, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, 8 vol., Francfort, Leipzig, Halle, Renger, 1740-1748).

conforme à ce qu'est la rationalité véritable de ne pas faire sa part à la pure positivité du droit et, partant, à ce qui relève des prérogatives exclusives des juristes d'une part et, d'autre part, du législateur, en tant que la législation doit aussi convenir en un certain temps et en un certain lieu, comme de reconnaître la part irréductible (même si elle doit être circonscrite) de contingence attachée aux décisions du juge.

Il y a un aspect purement positif du droit, il y a de la contingence dans l'être-là et dans le droit, et il est tout aussi absurde, pour qui prétend à une saisie véritablement rationnelle du droit et du monde objectif, de ne pas faire sa part à l'appréhension positive du droit qui, rappelée aux limites de son champ et de ses prétentions, est légitime. Ainsi, il est absurde de tenter de déduire rationnellement la totalité des déterminations de droit et des dispositions juridiques ou plutôt, de façon générale, de vouloir se lancer dans une déduction et une détermination rationnelle du réel en son ensemble. Une telle entreprise manifeste encore une fois une erreur sur la nature de l'objet de la science véritable du droit, sur ce sur quoi porte la philosophie et sur ce qui, à proprement parler, ne la concerne pas. S'il est indu de faire valoir, dans le droit, la nécessité extérieure à laquelle répondent les déterminations juridiques pour procéder à leur justification comme s'il s'agissait là de quelque chose d'ultime, pour la même raison qui tient au non-recouvrement total du rationnel et du positif en tant que ce dernier comporte la variété et la contingence présentes à même le particulier, il est tout aussi indu de vouloir faire dépendre de la raison tout le détail des déterminations du droit. Ainsi,

Platon pouvait s'abstenir de recommander aux nourrices de ne jamais rester au repos avec les enfants, de toujours les bercer dans les bras ; de même, Fichte pouvait s'abstenir de construire, comme on nomma cela, le perfectionnement de la police des passeports jusqu'au point où l'on devait non seulement inscrire sur le passeport le signalement des suspects, mais aussi y peindre leur portrait. Dans de semblables exposés, aucune trace de philosophie n'est plus à voir, et celle-ci peut d'autant mieux délaissier semblable super-sagesse qu'elle doit justement se montrer très libérale à l'égard de cette multitude infinie d'objets<sup>111</sup>.

Tout, dans le droit, ne peut être rationnellement déterminé et non seulement il y a une positivité du droit mais, encore une fois, « il faut que le droit devienne positif<sup>112</sup> ». Autrement dit, sur cette part de pure positivité du droit, la philosophie doit savoir se taire. Par ailleurs, de même qu'il est absurde de vouloir pousser la rationalité jusqu'à déterminer tout le détail du droit dans ce qu'il a de plus particulier (parce qu'alors il ne s'agit plus de rationalité), rien ne sert non plus, à l'inverse, de faire valoir la raison pour déconsidérer, dans ce qui est, ce qui relève en réalité de la part de positivité et, dès lors, de contingence irréductible du droit : cette positivité n'a rien d'irrationnel, mais, tout au contraire, il est rationnel d'en reconnaître la nécessité et, s'agissant de cette sphère du fini, de reconnaître la contingence qui est y toujours nécessairement présente.

Ici réside également l'un des ressorts de la réponse à l'objection savignicienne contre le fait, pour l'Allemagne, de se doter d'un code, objection selon laquelle elle ne serait pas prête, il serait trop tôt pour elle – argument qui s'adjoint à la position selon laquelle la codification figerait ce qui est par nature vivant. Certes, le droit

<sup>111</sup> *PPD*, Préface, p. 131 ; *RPh*, p. 25.

<sup>112</sup> *PPD*, § 3, Rem., p. 141 ; *RPh*, p. 35.

positif progresse, il est même appelé à progresser, cela tient précisément à la finité de son matériau, à la part de pure positivité qu'il contient et qui ne peut qu'être indéfiniment résorbée. L'exigence de parachèvement et de perfection que Savigny oppose à l'entreprise de codification est donc vaine et elle n'est qu'un symptôme de cette « maladie allemande » qu'est le formalisme<sup>113</sup>. Que le droit progresse dans le temps ou, pour le dire en des termes hégéliens, que le rationnel advienne progressivement, dans le temps, à même le positif, cela ne constitue en rien une objection bien fondée contre la codification. C'est même le contraire qui est vrai, pour autant que l'on puisse véritablement parler de progression : en donnant les principes de la particularisation et des spécifications ultérieures requises de la législation, le code est précisément ce qui permet la progression et encore la progression rationnelle, c'est-à-dire selon les principes rationnels du droit. Loin d'empêcher celle-ci dès lors, il l'accompagne<sup>114</sup>. Le rejet par Savigny de la codification à l'appui de cet argument ne fait ainsi que manifester derechef, sur un plan supplémentaire, non seulement son malentendu quant à la nature du droit en sa positivité mais, surtout, sa négation ou sa mécompréhension de ce qu'est la rationalité véritable<sup>115</sup>.

\*  
\*\*

Dans son rapport conjoint aux théories du droit naturel et à la science juridique positive ainsi, la position de la science philosophique du droit telle que la détermine Hegel met à mal l'alternative posée par Savigny dans le texte inaugural de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* entre « École historique » et « École anhistorique » (qui regroupe en réalité toutes les autres) :

Qui considère précisément les multiples vues et méthodes qui ont, jusqu'à présent, dominé parmi les juristes allemands, découvrira que celles-ci se laissent ramener à deux classes principales, et les juristes eux-mêmes, à deux écoles entre lesquelles seulement on peut admettre l'existence d'une distinction fondamentale, tandis que toutes les différences existant à l'intérieur de chacune de ces deux écoles doivent être regardées comme n'étant que contingentes. [...]

L'une de ces Écoles est suffisamment caractérisée par le mot historique ; pour l'autre, en revanche, il est à peine possible de trouver un nom positif puisqu'elle n'est une que par son opposition à la première, mais que, pour le reste, elle se manifeste sous les formes les plus diverses et les plus contradictoires et s'annonce tantôt comme Philosophie et Droit naturel, tantôt comme l'expression du bon sens. De ce fait, nous voulons l'appeler, en l'absence d'autre terme, l'École anhistorique<sup>116</sup>.

À suivre Hegel, la disjonction est fautive et posée ainsi, les choses le sont fort mal. La saisie philosophique du droit ne se confond pas avec l'appréhension purement historique de celui-ci, pour autant elle ne saurait, si elle doit bien être saisie véritablement rationnelle, faire complètement abstraction de ce qui est. Autrement

---

<sup>113</sup> L'idée et l'expression sont récurrentes sous la plume de Hegel (voir par exemple *PPD*, § 216, Rem., p. 383 ; *RPh*, p. 369 mentionné plus bas ou *Pol.*, p. 273 ; *Württemberg*, W 4, p. 508 : « De tout temps la maladie des Allemands a été de tourner en rond en s'accrochant à un tel formalisme »).

<sup>114</sup> Voir *PPD*, § 216, p. 382 ; *RPh*, p. 368-369.

<sup>115</sup> Sur ce point, voir *PPD*, § 216, Rem., p. 382-383 ; *RPh*, p. 369.

<sup>116</sup> F.C. VON SAVIGNY, « Sur le but de la présente revue », art. cité, p. 25-26.

dit, la conception rationnelle du droit ne peut faire fi de cette dimension fondamentale du droit par laquelle il est – et doit être – positif, mais positivité et rationalité ne sauraient cependant être purement et simplement confondues. Plus avant, la « science philosophique du droit » suppose de distinguer et d’être à même de distinguer entre ce qui est « seulement » positif et « seulement » historique sans être rationnel et ce qui est véritablement rationnel et ne peut être dit tel que parce qu’il ne se pose et ne se pense pas abstraction faite de ce qui est.

En d’autres termes encore, ce que manifeste et révèle l’opposition de Hegel à l’École historique du droit, ce n’est pas seulement le statut normatif et non pas seulement descriptif ou empirique de son concept de droit<sup>117</sup>, mais, plus fondamentalement, leurs conceptions fort différentes de l’histoire et de ce qui, en elle, doit être tenu pour proprement rationnel : la position de Hegel « ne suppose pas seulement une définition normative du droit, mais aussi une définition normative de l’histoire<sup>118</sup> ». Mais l’examen complet de cette conception hégélienne de l’histoire dans son rapport à la raison et à la normativité supposerait de longs développements, dont il n’est pas ici le lieu.

### Élodie Djordjevic

Maître de conférences à l’Université Paris II Panthéon-Assas, membre de l’Institut Michel Villey et directrice adjointe de la revue *Droit & Philosophie*. Ses travaux de recherche portent sur les rapports entre rationalité et normativité, et se situent au croisement de la philosophie pratique (en particulier la philosophie politique et du droit) et de l’histoire de la philosophie (en particulier Hegel et l’idéalisme allemand). Auteur de plusieurs articles et chapitres d’ouvrages, elle a en outre notamment co-dirigé le volume *Marx et le droit* (Paris, Dalloz, 2019), les ouvrages *Les Équivoques de l’institution : normes, individu et pouvoir* (Paris, Classiques Garnier, 2021), *La pensée et les normes. Hommage à Jean-François Kervégan* (Paris, Éditions de la Sorbonne, 2021), et a collaboré à l’édition et à la traduction de la version française du *Manuel de l’idéalisme allemand* (dir. J.-Fr. Kervégan et H.J. Sandkühler, Paris, Éditions du Cerf, 2015). Elle termine actuellement un ouvrage intitulé : *Le Jugement politique et les failles du monde. Essai sur la conception hégélienne de l’action et de la normativité*, à paraître aux Éditions du CNRS.

<sup>117</sup> Les conceptions du droit de Hugo ou Savigny ne sauraient d’ailleurs non plus sans doute être tenues pour purement descriptives. Ceci n’implique pas nécessairement cela, mais elles sont quoi qu’il en soit, nous l’avons évoqué, lestées d’enjeux politiques évidents.

<sup>118</sup> J.-F. KERVEGAN, *L’effectif et le rationnel. Hegel et l’esprit objectif*, op. cit., p. 102.

## Droit et gouvernementalité

### Un nouveau droit naturel

**U**n paradoxe. — Nous vivons sous l'empire de deux grandes formes de droit, mais l'une d'elles n'est pas du droit. Plus exactement, nous ne reconnaissons qu'une seule forme de droit, là où il y en a deux<sup>1</sup> : un droit reconnaissable et un droit méconnaissable, donc. Afin de situer ce dernier, à un stade préliminaire, nous pouvons indiquer qu'il s'agit d'un ensemble de techniques de gouvernement ; c'est-à-dire d'un ensemble qui a vocation à conduire la vie sociale selon une structure qui lui est propre et qui fait qu'il est méconnu en tant que droit. Le droit reconnaissable, quant à lui, est constitué par le droit tel que l'accumulation des expériences et de la pensée juridiques le donnent. Il ne s'agit, ici encore, que d'une indication préliminaire. L'essentiel de ces premiers propos tient dans l'idée que le gouvernement des hommes se réalise selon une double structure dont une partie seulement est qualifiée de droit et traitée comme telle. Voilà le problème que ce texte se propose d'indiquer.

*Éléments de méthode* (1). — Toutefois, nous ne procéderons pas comme la formulation de ce problème semble l'exiger, c'est-à-dire par l'exposition immédiate de ces deux formes de droit, comme si elles correspondaient à deux objets qu'il conviendrait de définir et de conceptualiser. Au contraire, nous partirons du seul phé-

---

<sup>1</sup> Benoît Frydman souligne l'existence d'un grand partage moderne, fruit de la philosophie politique, entre deux principes de régulation : le droit, d'un côté, et l'organisation de l'économie, de l'autre. Au passage, il relève à propos de cette dernière un renouvellement de l'idée et de la forme du droit naturel. Par certains aspects, notre travail rejoint cette conception en investissant la structure du droit naturel, mais dans une mesure qui reste à déterminer. Il semble en effet que les phénomènes en cause ne se recoupent pas totalement. En outre, nous ne sommes pas partis de la question de la régulation mais de celle de la gouvernementalité et de ses rapports avec le droit. Dans le cadre du projet dont ce texte présente une partie, il faudra nous expliquer plus précisément avec le travail de Benoît Frydman sur la régulation. Ce n'est toutefois pas le lieu pour le faire ; nous y reviendrons donc par ailleurs. En tout état de cause, les lecteurs tireront un grand profit de ses travaux à propos de ces questions, comme le montre cet extrait : « Il revient à la puissance publique, principalement à l'État, de fixer la loi dans l'intérêt général. Quant aux personnes privées, elles sont libres de poursuivre leurs intérêts particuliers et de chercher à les maximiser, à condition de rester dans le cadre fixé par la loi. Cette distinction est à la base la philosophie et des constitutions libérales. La philosophie moderne du droit et les règles de l'économie de marché en sont les enfants légitimes » (B. FRYDMAN, « Droit global et régulation », *Revue d'études benthamiennes*, n° 14, 2018, p. 11 [<https://doi.org/10.4000/etudes-benthamiennes.846>]). « La modernité ne connaît en conséquence que deux principes de régulation : la main de fer de l'État et la main invisible du marché. La première tient le droit ; la seconde, qui renouvelle l'idée et la forme du droit naturel, est censée, depuis Adam Smith, organiser l'économie. Les deux principes sont perçus à la fois comme complémentaires et concurrents » (B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 2014).



nomène dont nous pouvons nous réclamer en toute rigueur : le phénomène juridique tel qu'il apparaît, tel qu'il se montre en fonction de la connaissance qu'on en a. Ce phénomène constitue ce que nous avons appelé plus haut le *droit reconnaissable* ; un droit que l'on reconnaît.

Reconnaître quelque chose signifie à la fois tenir cette chose pour vraie et en admettre le statut officiel. Ainsi, la reconnaissance du droit obéit à un critère épistémologique et un critère politique. Pour reconnaître le droit, il faut pouvoir le connaître ; il faut aussi pouvoir en établir la validité. Or, ces deux critères sont précisément à la source de la grande figure du *droit positif*. Nous lisons à ce propos, chez un grand civiliste du début du XX<sup>e</sup> siècle :

On appelle « droit positif » les règles juridiques en vigueur dans un État, quel que soit d'ailleurs leur caractère particulier, constitutions, lois, décrets, ordonnances, coutumes, jurisprudence.

*Ces règles sont positives en ce sens qu'elles forment un objet d'étude concret et certain ; on les connaît ; elles ont un texte, une formule arrêtée et précise ; elles résultent d'un ensemble de faits et de notions qui peuvent être mis hors de contestation et qui ne dépendent pas d'opinions individuelles.*

Il existe cependant d'innombrables controverses sur les solutions du droit positif, ce qui fait que quelquefois, son nom peut sembler une dérision ; mais il faut se rendre compte des causes de ces incertitudes. Il y en a deux : 1<sup>o</sup> quand il s'agit d'un point de droit ancien, les documents peuvent nous faire défaut pour trancher une question historique ; 2<sup>o</sup> quand il s'agit d'un point de droit nouveau, la solution peut n'être pas encore donnée, et c'est pour l'établir qu'on discute. Au premier cas, la règle juridique a existé, mais elle a cessé d'être connue ; au second cas, elle existera mais elle n'est pas encore faite. *Des incertitudes dues à de pareilles causes n'enlèvent pas aux législations leur caractère positif* : la certitude existe sur une foule de points, pour lesquels la controverse est déjà vidée et dont la solution n'est pas oubliée<sup>2</sup>.

Trois points essentiels se dégagent du texte. Le premier concerne l'identification du droit selon la théorie de la connaissance : est droit ce qu'il est possible de connaître comme tel (la connaissance juridique est alors liée à la question de l'origine : les sources du droit). Le droit positif étant connaissable, il peut être tenu pour vrai ; il est reconnaissable selon le critère épistémologique évoqué plus haut. Le deuxième point tient à la détermination politique du droit positif. Les règles en vigueur dans un État sont reconnues comme établissant le droit ; le droit positif dispose alors d'un statut officiel – il obéit à un critère politique. Le troisième point permet de prévenir l'objection selon laquelle le droit positif serait inconnaissable parce que fondamentalement incertain. En effet, pour aller dans le sens d'une telle objection, il est impossible de savoir par avance quelles sont toutes les solutions à tel ou tel problème concret. Toutefois, une telle objection confond la question du caractère connaissable du droit positif avec la détermination de son contenu. Ce qui revient à mélanger le fond et la forme. L'incertitude des solutions affecte le fond du droit, mais pas sa forme (les incertitudes « n'enlèvent pas aux législations leur caractère positif »). L'impossibilité de formuler concrètement le droit positif, c'est-à-dire de décrire la totalité de ses effets, n'a rien à voir avec le fait de son existence. À l'appui de cette affirmation, il faut bien comprendre que la formule « droit positif » désigne le droit tel qu'on peut le connaître. Autrement dit, elle désigne le droit tel qu'il est, conformément à la théorie moderne de la connaissance.

---

<sup>2</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie Cotillon, 1904, p. 3 (nous soulignons).



C'est pourquoi, *a priori*, rien n'autorise à poser deux objets de la connaissance juridique. Il n'y a d'autre droit que *le droit* dont la correspondance avec le phénomène juridique est établie par l'intermédiaire du concept de positivité.

En même temps, suivant une ligne de méthode plus phénoménologique, on sait bien que c'est précisément parce qu'il se montre – se montrer voulant dire se constituer selon un certain mode de connaissance – que le phénomène possède aussi la propriété de recouvrir autre chose qu'il enveloppe<sup>3</sup>. En d'autres termes, tout phénomène, à commencer par le plus immédiatement connu est aussi le signe de quelque chose qu'il empêche de voir<sup>4</sup>. Selon une telle approche, reconnaître c'est aussi méconnaître. On peut alors dire que le droit reconnaissable est le signe du droit méconnaissable. En conséquence, le premier élément de méthode dont nous entendons nous prévaloir ici tient à la nécessité d'opérer un dévoilement qui permettra de passer de l'un à l'autre.

*Éléments de méthode (2).* — Pour préciser davantage notre démarche, il convient de nous rapporter au chemin emprunté par Bruno Latour dans nombre de ces travaux. C'est une voie qui consiste à partir d'un soupçon pour revenir sur la constitution de nos certitudes, de notre savoir, de nos interprétations. Le soupçon naît en général de l'impression que le monde vécu diffère des représentations qui conduisent à habiter ce monde selon certains modes. À un moment donné, sous l'effet de diverses circonstances, il semble s'offrir à la perception autre chose que ce que l'habitude conduit à percevoir. Par suite, la démarche du savant consiste à montrer ce que les représentations (on pourrait dire les systèmes de savoir ou les discours) occultent. Reprenons.

Dans un ouvrage déterminant de ce point de vue, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*<sup>5</sup>, Bruno Latour commence par livrer une impression éprouvée à la lecture d'un journal. Il lui semble assister à une prolifération des hybrides, c'est-à-dire d'objets qui sont autant naturels qu'artificiels, qui sont autant donnés dans la nature que construits par la main de l'homme<sup>6</sup>. Les hybrides posent un problème spécifique à la réflexion quant à la distinction cardinale entre nature et culture. Prenons un exemple signalé par l'auteur afin de le comprendre : qu'est-ce qu'une baleine munie d'un collier auquel une radio balise est accrochée<sup>7</sup> ? Un objet naturel ou un objet artificiel ? Les deux en même temps, sans doute, en tout cas quelque chose de difficile à réduire à l'un ou à l'autre. Toutefois, l'impression initiale se mue en malaise parce que la question n'intéresse pas :

---

<sup>3</sup> Là-dessus, voir les quelques mots, très significatifs de Jean Carbonnier : J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, PUF, 2001, t. 1, p. 16.

<sup>4</sup> On reconnaît l'approche phénoménologique défendue par Heidegger. Outre l'introduction d'*Être et temps*, on peut consulter l'*Introduction à la recherche phénoménologique*, qui comporte de larges développements consacrés aux textes de la tradition grecque à propos du phénomène et une analyse minutieuse de la fondation husserlienne de la phénoménologie (M. HEIDEGGER, *Introduction à la recherche phénoménologique*, trad. A. Boutot, Paris, Gallimard, 2013).

<sup>5</sup> B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La Découverte, 1997, p. 7-26.

<sup>6</sup> Le premier exemple de cette expérience est la lecture d'un article de presse à propos de l'agrandissement du trou dans la couche d'ozone. L'article mêle des considérations scientifiques, c'est-à-dire des propos portant sur les déterminations naturelles, et des considérations politiques, qui portent quant à elles sur des déterminations d'ordre culturel.

<sup>7</sup> B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, *op. cit.*, p. 8.

personne ne semble se soucier de ce problème de l'hybridité. C'est que celle-ci, aussitôt éprouvée, est aussitôt occultée à la suite d'un geste qui consiste à découper les objets au fil des savoirs. Ceux-ci n'accomplissent effectivement leur fonction qu'à condition d'opérer selon des « disciplines pures ». « À gauche la connaissance des choses, dit Latour, à droite l'intérêt, le pouvoir et la politique des hommes<sup>8</sup> ». Ainsi, les objets saisis par les disciplines sont dépouillés de leur hybridité pour être constitués selon un certain mode de connaissance – ce qui les fait être en fonction de celui-ci. Pour Bruno Latour, un tel découpage (ce qu'il appelle la « purification critique ») apparaît comme le geste moderne par excellence, et c'est là tout le problème. La modernité qu'indique ce geste est donnée à voir selon l'une de ses opérations fondamentales consistant à séparer « deux zones ontologiques » – en commençant par la séparation entre l'homme et la nature, et donc entre les savoirs portant sur l'homme de ceux portant sur la nature. Or, pour Latour, la modernité comporte une deuxième opération tout aussi fondamentale qui conduit à créer des êtres nouveaux, mélangés de nature et de culture. Les deux opérations s'opposent mais sont liées. Elles constituent chacune une condition de l'autre, mais *le moderne est celui qui n'en voit qu'une*. Cette cécité du moderne, qui résulte du privilège accordé à l'opération de découpage, c'est-à-dire à la purification critique, s'explique.

En effet, au terme d'une sorte de réflexe culturel, on entend par modernité le moment où l'homme émerge comme problème universel : « on définit souvent la modernité par l'humanisme, soit pour saluer la naissance de l'homme, soit pour annoncer sa mort<sup>9</sup> ». Cependant, on oublie que naît simultanément le non-homme par le geste même qui désigne l'homme : les choses, les objets, les bêtes (et même un « Dieu barré, hors-jeu ») émergent comme un monde non-humain. Ainsi, si le geste moderne montre l'homme naissant et ne montre pas le non-humain naissant en même temps, il dissimule du même coup les hybrides qui continuent de se multiplier en dessous de cette séparation. C'est ainsi qu'on finit par ne voir qu'une chose là où il y en a toujours eu deux, et que l'effet de ce double jeu demeure dans l'ombre.

*Position.* — Méthodologiquement, nous inscrivons le présent travail dans l'instruction de ce rapport montré-caché et dans la prise en compte de l'effet de désignation-occultation produit par le geste moderne. Nous espérons ainsi pouvoir montrer que la manière actuelle de connaître le droit occulte le travail des *formes gouvernantes* qui contribuent cependant massivement au phénomène juridique. Il est possible d'établir cette contribution au travers d'une structure juridique continue et très ancienne qui constitue, alors, un nouveau droit naturel. Autrement dit, nous soutenons dans ce texte que le droit naturel fournit une grille d'interprétation qui conduit à lier la gouvernementalité et le droit, et à considérer les conséquences de cette liaison : *l'émergence d'un nouveau droit naturel*.

Il nous faut alors demander au lecteur un peu de patience, celle de nous suivre sur la voie consistant à dévoiler ce travail du nouveau droit naturel, ou l'opération d'une structure (II) en commençant par partager l'exercice d'un soupçon (I).

---

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 23.

## I. L'EXERCICE D'UN SOUPÇON (À PROPOS DES FORMES GOUVERNANTES)

*Deux tendances ; la production des formes gouvernantes.* — Nos soupçons se sont formés au cours de la confrontation de deux tendances contemporaines qui ont en commun la production de formes gouvernantes semblant échapper au domaine du droit. La première tendance trouble indirectement le mode de formation des normes en produisant, à divers niveaux de discours, un mélange entre l'être et le devoir-être. La seconde, plus nette, plus inquiétante aussi, suggère l'existence de projets de gouvernement directement exclusifs du droit.

### A.

*Première tendance.* — La première tendance se repère dans les discours à forte densité scientifique dont le type est devenu familier. De tels discours ont d'ailleurs largement pénétré le quotidien médiatique. Ils consistent à lier la conclusion d'une analyse factuelle ou statistique, et la production d'une sorte d'impératif, dont le domaine est souvent flou et qui peut concerner l'action politique, le devoir moral ou la responsabilité juridique. Ainsi, la description des phénomènes physiques ou le quadrillage du social par la connaissance empirique conduisent, tantôt à l'émergence d'une forme morale, tantôt à la confection de nouvelles règles de droit. Plus largement, ces discours déterminent des dispositifs normatifs sous l'empire d'une sorte de nécessité naturelle, comme si la loi juridique se liait à la loi scientifique ; comme si la connaissance des phénomènes naturels contenait les règles que l'existence de ces phénomènes impose.

Cette première tendance apparaît nettement dans les discours parlant d'écologie, de crise du climat ou d'anthropocène. Prenons un exemple facilement accessible.

*Premier exemple.* — On trouve, au milieu d'une foule de conclusions qui décrivent les résultats d'investigations scientifiques à propos de l'état du climat et ses incidences sur la planète, un passage significatif. Il s'agit d'un extrait du cinquième rapport du GIEC pour la partie destinée aux « décideurs ». Il convient de noter que rien ne distingue le statut du passage qui nous intéresse parmi les autres. Le jugement normatif qu'il contient n'est pas spécialement préparé ni annoncé, bien qu'il semble logiquement lié aux observations scientifiques qui l'accompagnent :

De nouvelles émissions de gaz à effet de serre impliqueront une poursuite du réchauffement et des changements affectant toutes les composantes du système climatique. Pour limiter le changement climatique, il *faudra* réduire notablement et durablement les émissions de gaz à effet de serre<sup>10</sup>.

Il y a là une prescription adressée aux décideurs et, ainsi, aux instances politiques dotées de la capacité à produire le droit. Mais une prescription qui se présente de telle manière qu'elle semble avoir sa source dans les faits que rapporte le discours qui les connaît. Comme si la nature parlait au travers du dispositif qui la décrypte, ordonnant aux humains d'agir conformément à ce qu'elle ordonne. L'action qu'il

---

<sup>10</sup> Th.F. STOCKER *et al.* (dir.), *Changements climatiques 2013. Les éléments scientifiques. Résumé à l'intention des décideurs. Contribution du Groupe de travail I au cinquième Rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat*, Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, octobre 2013 [[https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/WG1AR5\\_SPM\\_brochure\\_fr.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/WG1AR5_SPM_brochure_fr.pdf)]. Nous soulignons.

serait question de mener consiste à établir une bonne politique ou de bonnes pratiques, à fixer les bonnes règles, c'est-à-dire les règles conformes à l'ordre de la nature rapporté par l'observation.

Il apparaît alors un genre de transgression de ce qu'on a appelé la loi de Hume consistant à interdire, en logique, le passage de l'être (qui s'exprime sur le mode indicatif – *is*) au devoir-être (qui s'exprime sur le mode prescriptif – *ought to*).

*Une tendance récurrente.* — Le plus troublant est qu'une telle transgression serait, en fin de compte, normale lorsqu'il est question d'écologie. Bruno Latour, encore, le mentionne au cours de l'argumentation qui soutient la thèse subtile de *Face à Gaïa* – thèse qui consiste (à peu près) dans la nécessité de concevoir la formation perpétuelle d'un être (ni monde, ni Nature, mais Gaïa) par la totalité des interactions que cet être rend possible. S'agissant de pointer les difficultés liées à la distinction Nature–Culture, l'auteur relève que :

On aura beau opposer l'être au devoir-être, quand on parle de « nature », c'est toujours avec les deux qu'il faut apprendre à se dépêtrer.

Si l'écologie rend fou, c'est qu'elle oblige à plonger la tête la première dans cette confusion créée par l'invocation d'un « monde naturel » dont on dit qu'il est entièrement et qu'il n'est aucunement doté de dimension normative. « Aucunement » puisqu'il ne fait que décrire un ordre ; « entièrement » puisqu'il n'y a pas d'ordre plus souverain que de lui obéir [...] Malgré l'immense littérature sur l'indispensable chiasme entre l'être et le devoir être, il faut bien reconnaître que définir ce qui est pèse forcément d'un poids plus grand sur ce qui doit être. Quand il s'agit de « nature », ce qui est de fait est *forcément* aussi de droit<sup>11</sup>.

Ainsi s'explique la propension des discours écologiques à passer de l'être au devoir être. Il pourrait même s'agir d'une propension de tout discours à partir du moment où il parle de nature, comme le suggèrent les travaux de Lorraine Daston qui font état de l'autorité morale de la nature imposée à travers les jugements scientifiques<sup>12</sup>. On peut ici mentionner également Michel Serres qui a relevé dans des pages bien connues que « dès l'origine, la question de la justice va du même pas que celui de la science » et insisté sur le fait qu'à l'époque moderne, la « science occupe l'espace du droit naturel<sup>13</sup> ». Les discours de l'écologie, disant la science et le droit, feraient alors remonter à la surface le lien que l'épistémologie avait entendu rompre entre description scientifique et prescription juridique. Dans tous les cas, le problème du droit naturel affleure.

*Deuxième exemple.* — À partir de là, toute une série d'autres discours deviennent soupçonnables : en matière économique, en matière d'éducation ou de santé publique. On peut constater dans ce domaine l'ouverture de la texture du droit à la raison scientifique, par exemple dans l'exposé des motifs de la « Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 » :

Il apparaît nécessaire d'intégrer dans la loi les enseignements de la gestion de la crise depuis trois mois et, en particulier, l'organisation qui a été mise en place dans l'urgence pour permettre *un éclairage scientifique des décisions publiques*

<sup>11</sup> B. LATOUR, *Face à Gaïa. Huit conférences sur le Nouveau Régime Climatique*, Paris, La Découverte, 2015, p. 47-48.

<sup>12</sup> L. DASTON, *L'économie morale des sciences modernes*, trad. S. Lézé, présent. S. Van Damme, Paris, La Découverte, 2014 ; voir notamment le texte de Van Damme, p. 95.

<sup>13</sup> M. SERRES, *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion, 1990, p. 93 et 133.

ainsi que leur transparence vis-à-vis tant de la représentation nationale que de la population [...].

L'existence d'un comité scientifique destiné à éclairer les choix des autorités compétentes dans la gestion de la crise du covid-19 est consacrée et l'autorisation du Parlement requise pour la prolongation de ce régime au-delà d'une durée de d'un mois<sup>14</sup>.

Il est inscrit dans le processus législatif la nécessité de prendre en considération les conclusions de la science, c'est-à-dire une certaine représentation du monde, un ordre des faits sur lequel l'ordre juridique est conduit à s'aligner, sauf à demeurer insensible aux lumières de la raison scientifique. On peut signaler, à titre anecdotique, qu'au moment où nous écrivons ces lignes, la situation semble parfois sur le point de s'inverser. La stratégie gouvernementale française de lutte contre l'épidémie covid-19 en France se présente en effet comme une résistance du « politique » au « scientifique » en rejetant, jusqu'à un certain point, la nécessité de remettre en place des mesures radicales (du type confinement total de la population). Ce qui veut dire que l'habitude est bien prise de positionner la décision par rapport aux recommandations issues du travail scientifique. D'ailleurs, à y regarder de plus près, la position gouvernementale présentée comme « politique » est étrangement proche de conclusions puisées à un autre type de travail scientifique. Simplement, ce dernier relève d'une approche plus globale, moins épidémiologique<sup>15</sup>. Revenant à ce qui nous préoccupe, il est possible, à chaque fois, de déceler un rapport revendiqué entre l'être et le devoir être.

*Une tendance diversifiée.* — En somme, chaque fois qu'il s'agit de fonder une règle sur un fait scientifiquement formalisé, le passage de l'être au devoir-être semble avoir été franchi. C'est un problème qu'avait bien saisi Alain Supiot dans *La Gouvernance par les Nombres* et quoiqu'exprimé de manière différente. En effet, il s'agissait pour lui de suivre à la trace les formations culturelles qui travaillent le droit et lui impriment tout à la fois ses physionomies diverses et ses variations internes. Il repère notamment un basculement du « règne de la loi » vers un droit devenant une technologie gouvernementale alimentée par le calcul (d'où l'idée de gouvernance par les nombres). Ce basculement s'accompagne d'une transformation dans la production de normes qui nous intéresse directement. Car Alain Supiot analyse une matière au sein de laquelle les discours sont marqués de cette tendance à tirer le devoir-être de l'être. Ainsi, l'emprise des mathématiques sur toute entre-

---

<sup>14</sup> JORF, n° 0072 du 24/03/2020, nous soulignons.

<sup>15</sup> Cf. par exemple la position soutenue par des chercheurs en conclusion d'une étude publiée dans *Nature. Human Behaviour* : « we strongly recommend that governments and other stakeholders first consider the adoption of such NPIs [non-pharmaceutical intervention], tailored to the local context, should infection numbers surge (or surge a second time), before choosing the most intrusive options. Less drastic measures may also foster better compliance for the population », N. HAUG, L. GEYRHOFFER, A. LONDEI *et al.*, « Ranking the Effectiveness of Worldwide COVID-19 Governments Interventions », *Nature Human Behavior*, n° 4, 2020, p. 1303-1312) avec celle du gouvernement français exprimée par le Premier Ministre le 4 février 2021 : « La situation ne justifie pas à ce jour [un nouveau confinement généralisé] un nouveau confinement ne peut s'envisager qu'en tout dernier recours [...] nous n'avons pas attendu pour prendre des mesures strictes dès octobre dernier [...] Nous avons su nous adapter dès les premiers signes d'un début de reprise épidémique [...] Notre stratégie a été graduée : elle s'est adaptée en permanence à l'évolution de la situation » (*Le Monde*, 4 février 2021).

prise humaine, accrédite l'idée d'une « légalité de type numérique » que la législation devrait traduire en mots<sup>16</sup>. Alain Supiot montre aussi comment la statistique, dont l'étymologie même est significative sur ce point (le mot vient de l'allemand signifiant science de l'homme d'état), a institué de véritables modes de gouvernement avec ou sans l'intermédiaire de la loi, grâce à la rectitude des chiffres (il mentionne l'arithmétique politique en Angleterre)<sup>17</sup>. La norme, et la normalité qui la génère en un sens<sup>18</sup>, jaillissent du calcul. Le rapport entre description et prescription se dégage nettement aussi de l'analyse économique décrite par Supiot. Il s'agit de :

Faire du droit un *instrument de réalisation de lois scientifiques* sous-jacentes, qui occupent la place d'une *Grundnorm*, norme fondatrice à l'échelle de l'humanité<sup>19</sup>.

*Analyse ; un doute.* — De l'écologie à l'économie, comme en matière de santé publique, cette première tendance dessine une liaison entre le fait, son analyse scientifique et l'ordre naturel que l'un et l'autre prescrivent de respecter. Par ordre naturel, il faut comprendre la nature des choses, la Nature, les nombres, l'ordre social révélé par la connaissance, bref ce par quoi nous serions gouvernés réellement. Il y a cependant de quoi hésiter sur la nécessité d'étudier cette tendance au titre d'une véritable perturbation du phénomène juridique. En effet, quelle que soit la manière dont la frontière entre l'être et le devoir être est franchie, une telle opération n'est pas directement à l'origine du droit. Il s'agit plutôt de modifier le mode de production des normes juridiques pour intégrer l'ordre des connaissances. La structure du droit tel que nous le connaissons n'est pas atteinte, semble-t-il, dans la mesure où il demeure lié à une procédure formelle. En ce sens, le discours scientifique ne relèverait que des sources réelles ou des déterminations historiques de la norme juridique. Rien de très nouveau ici. D'un autre côté, la description scientifique des phénomènes naturels donne lieu à une *forme discursive gouvernante* qui peut troubler le théoricien du droit, d'une part (violation de la loi de Hume), et le juriste, d'autre part, lorsque cette forme investit la loi et la décision. Comme si le système du droit positif s'ouvrait à une sorte de *droit naturel indirect*, mais qui présenterait cette propriété de relever du *connaissable* (de la science). Si l'on suivait ici certains de nos maîtres, nous serions enclins à penser qu'il n'y a, là non plus, rien de très nouveau : le droit naturel influence depuis toujours le droit positif. Néanmoins, il faut reconnaître également que les juristes jusnaturalistes ont plutôt considéré le droit naturel comme une philosophie du droit idéal qu'une suite de l'activité des sciences, y compris des sciences empiriques et sociales. Le doute, alors, subsiste. Il faut donc aller plus loin et porter le soupçon sur une deuxième tendance.

## B.

*Deuxième tendance.* — Cette deuxième tendance est repérable dans les techniques de management, les outils du marketing, et la confection des politiques publiques. Elle se caractérise par l'émergence d'une *volonté de diriger les conduites au moyen des lois scientifiques*. En effet, les dispositifs significatifs de cette tendance se

---

<sup>16</sup> A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Cours au Collège de France 2012-2014, Paris, Fayard, 2015, p. 105.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 119 *sqq.*

<sup>18</sup> Voir *ibid.*, p. 135.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 135. Nous soulignons.



fondent sur la part mécanique des comportements ; ils visent à provoquer telle ou telle action, une action prévisible compte tenu de ce que l'on sait de l'esprit humain. La conduite des individus est ainsi normalisée. Une telle possibilité de gouverner est liée au développement spectaculaire des sciences cognitives, de l'économie et des sciences sociales en matière de comportement, depuis une cinquantaine d'années<sup>20</sup>. Celles-ci sont parvenues à un degré de connaissance des processus de décision qui bouleverse la conception des normes<sup>21</sup>. Le meilleur exemple d'application de cette connaissance se trouve dans le domaine de ce qu'on appelle les *nudges* et qui constitue alors un terrain d'observation privilégié de la deuxième tendance.

*L'exemple des nudges.* — Le terme *nudge*, difficilement traduisible on le sait (coup de pouce, encouragement, léger coup de coude), désigne tout à la fois une technique de modification des comportements et les procédés que cette technique conduit à mettre en place. L'exemple le plus connu de ces procédés est la mouche dessinée dans un urinoir de l'aéroport d'Amsterdam. Il y en a bien d'autres : disposer les fruits au niveau des yeux des enfants dans une cantine scolaire pour provoquer leur consommation préférablement à un autre produit ; peindre des lignes blanches à intervalles de plus en plus étroits à l'approche d'un virage dangereux, donnant l'impression d'une vitesse en augmentation afin de faire ralentir les véhicules ; créer un filtre informatique permettant de prévenir l'écriture de courriers électroniques sous l'effet de la colère ou de l'agacement afin de diminuer les incivilités ; tout ceci constitue un *nudge*<sup>22</sup>. Comme l'indique une grande entreprise spécialisée dans les applications des sciences comportementales « le *nudge* permet de créer des actions plus efficaces pour modifier les comportements<sup>23</sup> ».

Le point remarquable, comme nous le signalions plus haut, est que la technique du *nudge* constitue un mode de direction des conduites au moyen de la loi scientifique. L'économie comportementale a en effet démontré l'existence de « biais cognitifs » selon lesquels toute une part de nos décisions n'est pas rationnelle, mais pourtant prévisible, en fonction de ces biais précisément. Ce qui veut dire deux choses : (1) qu'il est erroné de penser que l'efficacité des règles augmente avec leur rationalité et (2) qu'il est possible de pousser les gens à agir dans une certaine direction en instrumentalisant les biais cognitifs.

La technique du *nudge* n'est pas seulement employée dans le domaine économique, mais se développe fortement dans le domaine politique, comme un instrument au service de fins jugées préalablement comme bonnes. Thaler et Sunstein

<sup>20</sup> En prenant pour point de référence l'article d'Amos Tverski et Daniel Kahneman, « Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases » (*Science*, n° 185, 1974, p. 1124-1131).

<sup>21</sup> Voir par exemple, là-dessus, F. OST, *À quoi sert le droit. Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 227-231.

<sup>22</sup> Les exemples sont empruntés à l'ouvrage de référence de Richard H. Thaler et Cass R. Sunstein, *Nudge, Improving decisions about health, wealth and happiness* (Londres, Penguin Books, 2008). Voir aussi les travaux de ceux qu'Alexandre Flückiger (voir *infra*) appelle les « précurseurs » : R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2002 ; et *id.*, *La soumission librement consentie : comment amener les gens à faire librement ce qu'ils doivent faire ?*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2006.

<sup>23</sup> Voir la saisissante présentation visuelle du *nudge* par cette entreprise, BVA Group : BVA, « Une Brève Histoire du Nudge – Découvrez l'approche nudge pour changer les comportements », vidéo *YouTube*, 5'48", 30 décembre 2015, [<https://www.bva-group.com/nudge-et-comportement/>] ou [<https://www.youtube.com/watch?v=i-SVxDlBgXY>].

considèrent ainsi leur travail comme une contribution à une meilleure gouvernance<sup>24</sup>. Cette position n'est pas isolée. Par exemple, en France, le portail de la transformation de l'action publique souligne que « transposé à la sphère publique, le *nudge* offre une voie d'efficacité et d'économies, pour un meilleur service rendu<sup>25</sup> ». Un rapport du Centre de Recherche pour l'Étude et l'Observation des Conditions de Vie, tout en mentionnant de nombreux exemples d'applications, note que « l'efficacité du Nudge tient en sa faculté à moraliser l'acte individuel, à le faire paraître comme moralement bon<sup>26</sup> ». L'amplitude de la pratique du *nudge* est désormais immense. Les gouvernements anglais, américains, suédois, allemands, pour ne citer qu'eux, disposent d'unités qui travaillent à l'amélioration des politiques publiques au moyen de l'économie comportementale et des *nudges* (du type du *Behavioural Insights Team* anglais, premier du genre), ou recourent directement au *nudge* pour la réalisation de certains objectifs.

*Analyse.* — Une telle technique semble ainsi associer le progrès scientifique et l'exigence du bien commun. Elle promet d'établir de nouvelles normes qui répondent aux nécessités d'une gouvernance efficace. Le phénomène intéresse les juristes, dont certains notent que le *nudge* et le droit partagent une même perspective, s'agissant de régulation<sup>27</sup>. À ce propos, il faut prévenir une ambiguïté. Comme le disent ces mêmes auteurs, le *nudge* trouve volontiers le droit sur sa route. Il peut alors être absorbé dans la forme juridique pour les besoins d'un projet législatif, et il arrive que le *nudge* crée un besoin d'encadrement juridique (par exemple lorsqu'un gouvernement l'utilise afin d'augmenter le nombre de dons d'organes)<sup>28</sup>. Toutefois, la conjonction entre le *nudge* et le droit ne représente pas la tendance que nous entendons faire ressortir ici. En effet, ce qu'il s'agit de soupçonner est la propriété du *nudge* à *influencer directement les conduites, indépendamment de toute législation juridique*, et lorsqu'il est utilisé comme tel. Il correspond alors à un projet de gouverner au moyen de lois scientifiques, au moyen de ce que la science nous apprend du comportement humain et de sa prévisibilité.

*Élargir la tendance ? Jusqu'où ?* — Le passage par le *nudge* conduit à saisir cette deuxième tendance – vouloir gouverner par la science – plus largement. Tous les pouvoirs, toutes les capacités de contraindre par le fait (par opposition à la règle) peuvent ainsi apparaître comme les outils d'une autre gouvernance façonnée par les sciences comportementales. De ce point de vue, un rapport de l'OCDE en 2017 montre la progression spectaculaire des dispositifs gouvernementaux fondés sur les sciences comportementales. Il recense une dizaine de domaines d'intervention

---

<sup>24</sup> R. H. THALER et C. R. SUNSTEIN, *Nudge*, op. cit., p. 15.

<sup>25</sup> Ministère de la Transformation et Fonction publiques, « Le nudge : un nouvel outil au service de l'action publique », *Portail de la transformation de l'action publique*, 13 avril 2014, [<https://www.modernisation.gouv.fr/outils-et-methodes-pour-transformer/le-nudge-au-service-de-laction-publique>].

<sup>26</sup> J. MULLER, « Les Nudges ou le gouvernement des conduites 2.0 », *Cahier de Recherche du CRE-DOC*, n° 340, décembre 2017.

<sup>27</sup> A. ALEMANNO et A.-L. SIBONY (dir.), *Nudge and the Law*, Londres, Hart Publishing, 2015, p. 4.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 11.



de mécanismes incitatifs du type *nudge* au sein desquels on compte une centaine d'applications dans le monde<sup>29</sup>.

Par suite, le recours aux incitations comportementales pour orienter les conduites semble infini. Le développement urbain devient gouvernemental<sup>30</sup>, au même titre que les « mécanismes de prévention de la criminalité dans l'espace public<sup>31</sup> ». Au fond, c'est même l'ensemble des mécanismes disciplinaires qu'il faut avoir à l'esprit, à partir du moment où ils sont mis au service d'une finalité politique. Apprendre à parler, marcher, courir et s'habiller d'une certaine manière participe alors de cette tendance, comme le montrent bien les travaux de Johann Le Goff<sup>32</sup>. Il est alors possible de rassembler l'ensemble de ces dispositifs, et de mieux comprendre la tendance qu'ils constituent, en recourant à la forme générale des techniques de gouvernement.

*La forme générale des techniques de gouvernement.* — Incitations comportementales et processus disciplinaires constituent des techniques de gouvernement. Il s'agit, littéralement, d'un ensemble de procédés qui permettent d'obtenir un résultat concret consistant à gouverner. Il faut comprendre ceci à la lumière du concept de gouvernementalité dégagé par Michel Foucault<sup>33</sup>. Ce concept correspond à trois choses. Premièrement, la gouvernementalité constitue un ensemble d'« institutions, procédures analyses et réflexions, de calculs et tactiques » qui rend possible l'exercice d'une forme de pouvoir dont l'objet est la « population » et le savoir de référence, l'économie. Deuxièmement, la gouvernementalité désigne la supériorité acquise au cours de l'histoire par le type de pouvoir appelé « gouvernement ». Celui-ci supplante d'autres types de pouvoir, tels celui articulé à la souveraineté, en s'appuyant sur des appareils spécifiques ainsi que des savoirs particuliers. Troisièmement, la gouvernementalité est un régime de pouvoir qui commence lorsque l'État administratif (des XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles) se trouve « gouvernementalisé ». Ces éléments convergent dans deux idées très importantes pour comprendre les enjeux des techniques de gouvernement. D'une part, l'art de gouverner relève de l'association d'une *volonté politique* qui fixe un objectif et d'une *science pratique* qui fournit les moyens de l'atteindre. D'autre part, *l'art de gouverner se construit en-dehors du droit* et son processus de réalisation n'emprunte pas nécessairement la forme juridique. Au contraire, il peut être défini par opposition au droit. Foucault, on le sait, y insiste :

Cette transformation [...] fondamentale dans les rapports entre droit et pratique

<sup>29</sup> OECD, *Behavioural Insights and Public Policy. Lessons from Around the World*, Paris, OECD Publishing, 2017, 404 p. [<https://dx.doi.org/10.1787/9789264270480-en>].

<sup>30</sup> On peut voir là-dessus l'inventaire dressé par un artiste, Nils Norman, et cité par A. FLÜCKIGER dans un texte très stimulant, « Gouverner par des “coups de pouce” (*nudges*) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 59, n° 1, 2018, p. 222.

<sup>31</sup> M. AVERDIJK et al. (dir.), *Prévention de la violence. État actuel du savoir sur l'efficacité des approches*, Berne, Fonds Suisse pour des projets de protection de l'enfance, 2014, toujours cité par A. FLÜCKIGER, « Gouverner par des “coups de pouce” (*nudges*) », art. cité.

<sup>32</sup> Voir notamment, à propos du travail managérial sur le corps, J. LE GOFF, « L'effet de la norme sur le sujet : la cruauté dans le rapport managérial au corps », in J. GUITTARD, E. NICOLAS et C. SINTEZ (dir.), *Foucault face à la Norme*, Paris, Mare et Martin, 2020, p. 355-370.

<sup>33</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, éd. F. Ewald, A. Fontana et M. Senellart, Paris, Gallimard, Seuil, 2004.

gouvernementale, cette émergence d'une limitation interne de la raison gouvernementale [...] se situait [...] autour du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle. [...] quel est l'instrument intellectuel, quelle est la forme de calcul et de rationalité qui a pu ainsi permettre l'autolimitation d'une raison gouvernementale, comme autorégulation de fait, générale, intrinsèque aux opérations même de gouvernement et qui puisse être l'objet de transaction indéfinies [?] cet instrument intellectuel, le type de calcul, la forme de rationalité qui permet ainsi à la raison gouvernementale de s'autolimiter, encore une fois *ce n'est pas le droit*. Qu'est-ce que ça va être à partir du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle ? Eh bien, évidemment, l'économie politique<sup>34</sup>.

L'économie politique constitue donc le système de savoir qui va permettre à la gouvernementalité (libérale) de s'imposer, et aux techniques de gouvernement de réaliser celle-ci, sans que le droit n'ait vocation à la fonder. Le parallèle avec les techniques contemporaines telles que le *nudge*, façonnées par les sciences comportementales, ne peut manquer de frapper<sup>35</sup>. Tout comme la profondeur historique du phénomène. On se alors prend à suspecter le jeu continu d'une structure qui divise le juridique et le gouvernemental, une structure que le geste moderne aurait occultée.

*Des techniques anciennes.* — Cette structure pourrait être bien plus ancienne que ce que l'on pouvait penser initialement. Il est possible de mentionner ici une distinction antique que les études sur la pensée chinoise ont mis en relief, entre la loi (*fa*) et les recettes gouvernementales (*chou*). Ainsi, Marcel Granet souligne, qu'à l'époque des Légistes (aux alentours de trois siècles avant notre ère), les deux termes qui ont d'abord signifié la même chose connaissant une séparation de leurs sens :

*Fa* prend un sens impératif et signifie loi dès qu'on l'applique aux règlements rendus publics, tandis que *chou* garde sa valeur de recette parce que (*chou*) recettes doivent demeurer secrètes [...]. Le Prince ne saurait intervenir dans les affaires administratives où règne, seule, la loi publiée. Inversement aucun sujet, aucun ministre ne saurait intervenir dans les affaires du Prince. La haute direction de l'État ne relève que de lui. De lui seul dépend la Politique ; à lui seul appartiennent privément les Recettes (*chou*) qui, grâce aux *k'iu*an [combinaisons diplomatiques tirant de chaque occasion le poids (*k'iu*an) qui fait pencher vers soi le destin] permettent de réaliser les *che* (conditions circonstancielles du succès). « Les lois (*fa*) sont la règle des administrateurs. Les recettes (*chou*) sont les rênes que tient le Maître [l'auteur cite le légiste Han Fei tseu] ». *Les Légistes distinguent fortement de la Loi l'Art gouvernemental*. Les recettes intransmissibles par définition composent la puissance personnelle du Prince<sup>36</sup>.

Il ne s'agit pas ici de se livrer à une quête d'origine, mais de souligner la persistance de techniques liée à une généalogie de la gouvernementalité. Par suite, le rapprochement des *nudges*, des incitations comportementales et des processus disciplinaires contemporains avec ces techniques permet d'indiquer ce qui est en jeu ici : la *direction des conduites humaines hors le droit*.

<sup>34</sup> M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978–1979)*, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, p. 15 (nous soulignons).

<sup>35</sup> Voir notamment J. Le Goff à propos du gouvernement exercé sur le corps (J. LE GOFF, « L'effet de la norme sur le sujet », art. cité).

<sup>36</sup> M. GRANET, *La pensée chinoise*, préf. L. Vandermeersch, Paris, Albin Michel, 1999, p. 378–379. Nous soulignons.

*Synthèse : la résistance structurelle au droit moderne.* — À ce point, il convient de marquer nos positions. Les deux tendances que dessinent, d'une part, les discours qui organisent le passage de l'être au devoir être, et, d'autre part, les manifestations de volonté de gouverner grâce aux lois scientifiques, ne peuvent être réduites l'une à l'autre. Comme nous l'avons souligné plus haut, il s'agit, dans un cas, de troubler la détermination des normes juridiques, dans l'autre de diriger les conduites humaines sans recourir à celles-ci. Néanmoins, ces deux tendances partagent une opération fondamentale qui justifie leur traitement conjoint. L'une et l'autre sont les modes de productions de formes gouvernantes qui résistent structurellement au droit moderne. Soyons plus clairs : *ça n'est pas du droit et pourtant, ça gouverne.*

*Ça n'est pas du droit et pourtant ça gouverne...* — Certaines précisions s'imposent ici. L'affirmation selon laquelle les formes gouvernantes repérables dans l'écologie, l'économie, les techniques de gouvernements et autres ne constituent pas du droit implique un critère de distinction fiable. Nous le trouvons dans le droit positif, conformément à la conception indiquée plus haut où cette catégorie rassemble le droit reconnaissable. Si droit positif = droit reconnaissable + droit en vigueur, alors tout ce qui n'est pas droit positif ne peut être jugé comme constituant du droit. Donc, les formes gouvernantes ne sont pas du droit, mais il faut ajouter immédiatement que ce n'est pas du droit *moderne*<sup>37</sup>.

On pourrait dire néanmoins qu'il s'agit de droit souple, de régulation, de droit selon les théories du pluralisme, etc. Ce qui ne résout qu'une partie des questions, d'ailleurs au prix d'une redéfinition du droit reconnaissable. Car il demeurera toujours des formes gouvernantes (*nudges*, techniques de gouvernement) qui ne répondent pas à des conceptions juridiques liées d'une manière ou d'une autre à l'épistémologie positiviste. Seules sont en mesure d'y échapper des approches qui ont rompu avec celle-ci et dont les plus connues sont sans doute le pluralisme radical, l'approche des sciences sociales, les droits autochtones... Inscrites hors de ce qui constitue l'*épistémè* du droit, ces approches doivent affronter le même type de problème, mais exactement à l'envers ; comment traiter le droit qui prétend s'imposer comme tel en raison de sa forme ? Ces approches doivent alors réinventer en permanence leurs rapports avec le droit positif pour se déployer au sein des systèmes juridiques qui le connaissent. Le problème des formes gouvernantes non juridiques est bien réglé, mais il est reconduit du côté des formes gouvernantes juridiques (les formes liées au droit positif).

Il faut alors affronter la question du rapport entre droit et gouvernementalité différemment. Déterminer quel est véritablement le problème que pose l'existence de ces formes gouvernantes au droit, et ceci forcément dans les termes de l'*épistémè* du droit. Nous devons alors prolonger, en quelque sorte, le soupçon à propos de ces formes qui, sans être du droit moderne, gouvernent les humains à l'époque moderne<sup>38</sup>. Il faut alors concevoir ce que le droit moderne occulte : la persistance du droit naturel ; un droit naturel qui déploie toute sa puissance dans ces formes gouvernantes, sans le vernis des considérations de justice ou d'équité dont les juristes ont l'habitude de le recouvrir. Car c'est au moyen de telles considérations

---

<sup>37</sup> À propos du rapport moderne entre les lois civiles et la fonction de gouvernement, voir D. BARANGER, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes* (Paris, Gallimard, 2018, p. 66-72), « la loi n'est pas seulement l'acte du souverain en majesté. Elle est devenue l'instrument par excellence de l'action gouvernementale ».

<sup>38</sup> Voir « De l'internormativité à la concurrence des normativités : quels sont le rôle et la place du droit ? », *Les Cahiers de droit*, 2018, vol. 59 (1), p. 7-33.

que le droit naturel se trouve en quelque sorte canalisé, réabsorbé dans la logique positiviste au titre d'un droit, soit idéal, soit fictif. L'occultation réside précisément en cette neutralisation de la puissance du droit naturel. Pour le comprendre, il en faut en réinvestir la structure.

## II. L'OPÉRATION D'UNE STRUCTURE (À PROPOS DU DROIT NATUREL)

*Préliminaires.* — Les techniques de gouvernement, et plus largement les formes gouvernantes qui ne sont pas construites conformément à la logique du droit positif, constituent un nouveau droit naturel. Une telle proposition se fonde sur une conception elle-même en rupture avec la manière dont le droit moderne nous conduit à considérer le droit naturel. Il faut bien comprendre que ce dernier correspond à une forme de juridicité, un véritable mode d'existence du droit, mais qui diffère de ce qu'on a pris l'habitude d'appeler le droit. Autrement dit, pour renouer avec la formulation paradoxale qui nous sert de fil conducteur, le droit naturel, c'est du droit, mais ça n'est pas du droit. Il s'agit alors de saisir l'opposition moderne du droit positif et du droit naturel à sa racine, de façon à comprendre ce qu'elle garde : l'opération silencieuse d'un droit qui gouverne sous une forme impensable. Il faut accepter de ne pas céder au réflexe qui consiste à situer le droit naturel par rapport au droit positif : il est alors inconnaissable (par rapport au droit positif connaissable) ; droit idéal (par rapport au droit réel) ; il vient de la nature ou du ciel (par rapport au droit qui vient des instances des hommes). Au contraire, il faut parvenir à situer le droit positif *par rapport au droit naturel*.

*Une conception radicale.* — À cette fin, et sans pouvoir s'engager ici dans une longue enquête dans l'histoire de la pensée<sup>39</sup>, nous faisons appel à l'interrogation philosophique sur le droit naturel<sup>40</sup>. Nous la trouvons chez Gilles Deleuze, dans un cours consacré à Spinoza. Il est possible d'en dégager les éléments d'une structure du droit naturel qui permettra d'interpréter le jeu des formes gouvernantes comme une opération juridique, et de comprendre, finalement, le problème que pose la constitution de ce nouveau droit naturel.

### A.

*Contexte ; se saisir des oppositions anciennes.* — Afin d'expliquer à ses étudiants l'importance du concept de puissance chez Spinoza<sup>41</sup>, Deleuze procède à un détour

---

<sup>39</sup> Enquête nécessaire, pourtant, dont une partie a été réalisée pour les besoins d'un séminaire dispensé à l'École de droit de Sciences Po à l'automne 2020 portant sur « Le gouvernement de la liberté 2 : Le problème du droit naturel » et dont les conclusions seront formalisées dans un prochain texte intitulé « Deleuze et la double structure du droit moderne », dans un ouvrage collectif, *Deleuze face à la norme*, qui devrait paraître aux éditions Mare et Martin.

<sup>40</sup> Ce que nous faisons ici, conscients de trancher un peu sauvagement au travers d'une littérature et d'une tradition immenses avec toutes les réserves exprimées plus haut.

<sup>41</sup> Il s'agit d'un cours dispensé à Vincennes entre 1979 et 1981 qu'il est possible d'écouter sur le site YouTube [[https://www.youtube.com/watch?v=sV\\_e9mr4T7Q](https://www.youtube.com/watch?v=sV_e9mr4T7Q)] et dont le site *Webdeleuze* offre une retranscription (G. DELEUZE, « Sur Spinoza. Cours Vincennes : Ontologie-Éthique. Cours du 21 décembre 1980 », *Webdeleuze*, s.d., [<https://www.webdeleuze.com/textes/26>]). On trouvera aussi une partie, mais une petite partie, du propos dans *Spinoza. Philosophie pratique*, Paris, Éd. de Minuit, 1981, « Index des principaux concepts de l'éthique », voir « Puissance » et « Société ».

par le droit naturel. Quoique, dit-il, cette question semble dépassée aussi bien « politiquement que juridiquement », il faut y revenir afin de comprendre ce qui s'est joué à son propos ; ce pourquoi les gens se sont « vraiment battus théoriquement ». C'est dans l'objet de cette confrontation que se dégagera ce que le droit naturel a d'important. Non pas l'histoire d'une idée vieillie ou archaïsante<sup>42</sup>, mais celle d'une dispute qui semble nouée à perpétuité sur les « modes d'intervention de l'homme sur l'homme<sup>43</sup> ». Notre travail vise, en un sens, à reprendre la dispute aujourd'hui et dans les termes du droit. Il s'agit de penser la constitution du nouveau droit naturel par rapport à l'idée de gouverner par le droit. Ou encore de pouvoir déterminer ce qu'il en coûte à la notion d'état de droit d'avoir laissé les formes gouvernantes non juridiques dans l'ombre de la modernité. Peut-être cette notion y gagne-t-elle d'ailleurs ; il faudra faire les comptes en bout de ligne. Pour l'instant, nous entendons saisir l'offre de Gilles Deleuze consistant à traduire l'opposition de la conception classique et de la conception moderne du droit naturel en deux groupes de propositions miroirs. Nous nous tiendrons ici aux propositions qui concernent le droit naturel classique<sup>44</sup>. Avant d'en aborder le contenu, il convient de souligner l'importance de ce découpage et de la réduction radicale dont il procède.

*Première approche ; la question initiale du droit naturel.* — Le cours de Deleuze invite en premier lieu à prendre conscience de l'étendue du champ problématique que couvre le droit naturel classique. À ce propos, le juriste sera surpris. Car la réflexion sur le droit naturel ne se constitue pas autour du problème juridique, tel que nous entendons celui-ci aujourd'hui, au terme d'une longue habitude, comme une question sur la justice<sup>45</sup> ou sur les normes<sup>46</sup>. Au contraire, le droit naturel procède d'abord d'une question sur les choses, c'est-à-dire sur le monde – non pas *quid jus*<sup>47</sup>, mais *ti esti*<sup>48</sup>, pourrait-on dire. Ce monde sur lequel porte la question est un monde de relations à découvrir : relations qui se dessineront entre les choses et les règles, entre la cité et la nature, entre le devoir et le droit et, finalement, entre la connaissance et le pouvoir. Le droit naturel apparaît comme le lieu d'une discussion qui rassemble, depuis toujours, l'être et le devoir être. L'important est alors que, selon cette conception, la formation du droit fait corps avec l'interrogation inaugurale de la philosophie. Le gouvernement du droit naturel est déjà, alors, un effet du savoir.

<sup>42</sup> À propos de cet étrange discrédit de l'interrogation sur le droit naturel, voir le premier chapitre du livre de P. MANENT, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2018, pp 1-19.

<sup>43</sup> Selon l'expression de P. Sloterdijk que l'on trouve dans « La Domestication de l'Être », publiée avec les *Règles pour le parc humain* (trad. O. Mannoni, Paris, Mille et une nuits, 2010, p. 85).

<sup>44</sup> Celles qui concernent le droit naturel moderne doivent faire l'objet d'une analyse similaire qui travaillera le rapport généalogique de celui-ci avec l'idée de droit positif, toujours au moyen d'une investigation structurale. Nous en donnerons une première approche dans le chapitre « Deleuze et la double structure du droit moderne », art. cité.

<sup>45</sup> M. VILLEY, « Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité », *Revue historique de droit français et étranger*, 4<sup>e</sup> série, vol. 30, 1953, p. 475 sqq.

<sup>46</sup> H. KELSEN, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », in *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, intro. S.L. Paulson, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 437 sqq.

<sup>47</sup> « *Quid jus ?* », en latin : Qu'est-ce que le droit ?

<sup>48</sup> « *τί ἐστι ?* », en grec : Qu'est-ce que c'est ? Quelle est l'essence des choses ?

*Suite ; la logique du droit naturel.* — Les propositions formulées par Deleuze introduisent l'auditeur à une sorte de logique du droit naturel classique et qui offre de comprendre celui-ci d'un seul coup, à partir du questionnement sur l'essence. Or, dans la philosophie du droit et l'histoire de la pensée juridique, on est souvent plus attaché à comprendre le droit naturel, soit à partir de la notion de nature, soit à partir de la notion de droit<sup>49</sup>. Ce qui conduit à d'utiles distinctions, mais qui occulte le rapport que la lecture deleuzienne permet de mettre en lumière entre l'interrogation des choses et la formulation du droit par celui qui les observe. Ayant ceci à l'esprit, et en passant au travers des quatre propositions formulées par Deleuze, il sera possible d'esquisser une *structure utilisable du droit naturel classique*.

*Première proposition.* — La première proposition concerne le rapport du droit naturel et de l'essence, laquelle permet de définir une chose. Ainsi :

Une chose se définit par son essence. Le droit naturel c'est donc ce qui est conforme à l'essence de quelque chose. L'essence de l'homme est animal raisonnable ; ça définit son droit naturel. Bien plus, en effet, « être raisonnable » c'est la loi de sa nature<sup>50</sup>.

Il apparaît clairement que le droit naturel n'est pas une question de droit au sens où l'entend la pensée moderne, mais plutôt une question de fait : il a sa source dans la réalité du monde (nature) et pas dans un acte de volonté (artifice). Il puise même, selon un certain point de vue, dans ce que le monde a de plus réel, c'est-à-dire les essences. Car dès qu'il y a chose, il y a essence, dès qu'il y a essence, il y a droit. C'est ce que tente de rendre l'expression de droit « naturel », ce dernier terme signifiant aussi bien le « principe produisant le développement d'un être » que l'« essence d'un genre<sup>51</sup> ». La question qui se pose alors tient à l'éclaircissement du rapport entre l'essence des choses et la règle. Comment, donc, la nature fait-elle être le droit ? Ce sont les deuxième et troisième propositions qui permettront de le comprendre, d'abord en mobilisant ce qu'on pourrait nommer l'état de droit naturel et la production des devoirs naturels. La quatrième proposition, très importante, fera intervenir le mode effectif de constitution du droit naturel en introduisant le principe de « compétence du sage ».

*Deuxième proposition.* — « L'état de nature c'est l'état conforme à l'essence dans une bonne société.<sup>52</sup> » Avec cette deuxième proposition, Deleuze veut surtout préparer le choc que représentera, dans le droit naturel moderne, le passage de l'état de nature à l'état social. Il insiste sur le fait que, dans la conception classique, le premier ne peut logiquement pas exister avant le second parce que l'état de nature est celui dans lequel l'essence des choses se réalise, l'essence de l'homme en particulier :

On appellera bonne société, une société où l'homme peut réaliser son essence. Donc l'état de nature n'est pas avant l'état social, l'état de nature c'est l'état conforme à l'essence dans la meilleure société possible, c'est à dire la plus apte à réaliser l'essence<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Voir à ce propos l'introduction de S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Paris, Vrin, 2002, p. 7-12.

<sup>50</sup> G. DELEUZE, « Sur Spinoza. Cours Vincennes », art. cité.

<sup>51</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010 (v<sup>e</sup> Droit).

<sup>52</sup> G. DELEUZE, « Sur Spinoza. Cours Vincennes », art. cité.

<sup>53</sup> *Ibid.*



L'état naturel est celui dans lequel une chose se trouve lorsqu'elle est conforme à sa fin. On peut dire qu'en ce cas, elle a été gouvernée par les dispositions de sa nature. Ainsi est la Cité bien ordonnée, réglée alors par des lois conformes au droit naturel.

*Troisième proposition.* — La troisième proposition établit un rapport explicite entre le devoir être et l'être qui le produit. Elle tient dans l'idée que les devoirs sont premiers. Le droit naturel classique impose des devoirs *avant* que de conférer des droits. En effet, l'accomplissement des devoirs est la condition sous laquelle l'essence peut se réaliser. Deleuze fait appel ici à la notion complexe de devoir au sens de *officium* – il cite Cicéron –, notion qui renvoie elle-même au *καθήκον* (*kathèkon*) des stoïciens. Deleuze précise les choses en disant qu'il s'agit des « devoirs fonctionnels ». Il faut comprendre l'action à mener en raison de ce que l'on est et qui a donné son sens contemporain au terme : ce qui est accompli par obligation morale ou sociale. On peut être plus précis en puisant à la conception stoïcienne telle que la rapporte Jean-Baptiste Gourinat :

De ce sens initial de ce qu'est un *καθήκον*, à savoir une obligation qui incombe à tel ou tel selon sa nature, les stoïciens dégagent à la fois un sens plus faible et plus général : ce qui est *approprié* à chacun en conformité avec sa nature, et qui n'est donc pas ce qu'il *doit* faire, mais ce qui lui *convient* et que l'on trouve chez tous les animaux et même chez les plantes ; et en un sens plus restreint, qui détermine ce qu'est le *καθήκον* pour un être humain, à savoir ce que la raison lui *prescrit* de faire<sup>54</sup>.

Le devoir sollicité par Deleuze pour exprimer la modalité d'une « vie conforme à l'essence », peut être bien saisi au carrefour de ces trois sens : l'obligation, l'action en harmonie avec la nature et la prescription de la raison. On parcourt ainsi toute la gamme ce qu'on pourrait appeler la signification déontique du droit naturel : suivre les règles conformes à la nature de chaque chose. L'humain étant l'animal doué de raison, les devoirs sont des commandements de sa raison.

*Quatrième proposition.* — La quatrième proposition indique un principe politique et désigne l'instance qui formule le droit naturel. Ce dernier point est crucial : il constitue ce qui permettra de marquer le lien entre la structure du droit naturel classique et la production des formes gouvernantes contemporaines. Pour parvenir à cette quatrième proposition Deleuze pousse la logique du droit naturel à son terme en affirmant que celui-ci implique la « compétence du sage ».

C'est quoi le sage ? C'est quelqu'un qui est singulièrement compétent dans les recherches qui concernent l'essence, et tout ce qui en découle. Le sage c'est celui qui sait quelle est l'essence. Donc il y a un principe de compétence du sage parce que c'est au sage à nous dire quelle est notre essence, quelle est la meilleure société, c'est-à-dire la société la plus apte à réaliser l'essence, et quels sont nos devoirs fonctionnels, nos officia, c'est-à-dire sous quelles conditions nous pouvons réaliser l'essence<sup>55</sup>.

Le sage est compétent pour connaître les essences. Révélant par son travail la nature des choses, il dit le droit naturel ; il en constitue l'instance de formulation. Ainsi s'explique que les philosophes classiques produisent des traités de droit qui ne sont ni des recueils de lois ou de jugements, ni des commentaires de règles, bien

<sup>54</sup> J.-B. GOURINAT, « Comment se détermine le *kathèkon* ? Remarques sur la conformité à la nature et le raisonnable », *Philosophie antique*, n° 14, 2014, p. 19, c'est l'auteur qui souligne.

<sup>55</sup> G. DELEUZE, « Sur Spinoza. Cours Vincennes », art. cité.



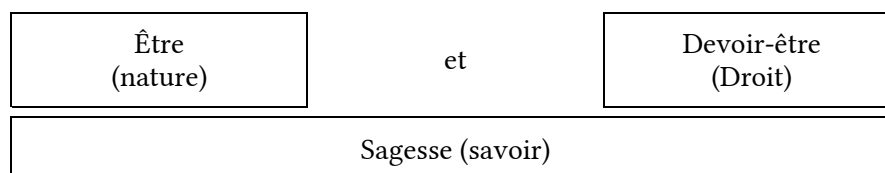
qu'ils se nomment parfois *Lois*, mais aussi *République*, *Politique* et *Éthique*. Il s'agit d'appliquer leur méthode au problème de la justice, cherchant dans la nature des choses, l'ordre auquel il faut se conformer. Dans les versions les plus radicales, les philosophes feront les lois de la Cité idéale, c'est-à-dire naturelle. De façon plus nuancée, ils guideront les autres vers la réalisation du juste. Ainsi, par exemple :

Aristote, qui cherchait un *Droit* naturel véritable, je veux dire des institutions sociales et politiques, nous offre une méthode pour découvrir des lois substantielles, susceptibles d'une formulation précise : l'esclavage est fondé dans telles ou telles conditions ; les mariages devront avoir lieu à tel âge et selon tel statut ; l'usure est contre la nature<sup>56</sup>.

On voit par-là que le philosophe dispose, naturellement si l'on peut dire, d'une compétence politique. Il est l'architecte de la bonne société, mais il contribue aussi à la juridiction du droit naturel en faisant de l'ordre des choses (*cosmos*) une source claire des règles.

*Synthèse.* — Le travail de réduction entrepris par Deleuze dans le cadre de son enseignement montre la manière dont se forme un droit de l'être, c'est-à-dire comment la connaissance de quelque chose montre une ligne de conduite que la chose doit tenir pour exister conformément à son essence. Il est donc maintenant plus facile de comprendre pourquoi Deleuze parlait de l'idée selon laquelle le droit naturel classique, c'est ce « qui est conforme à l'essence ». Plus facile également de saisir l'importance d'une telle conception. Il apparaît en effet que le droit naturel classique est lié à l'activité philosophique qui cherche à comprendre l'ordre du monde à partir des choses – la recherche des essences. En sorte que le droit conduit l'humain à la nature, dans la ligne d'une rationalité prescriptive. Le philosophe qui rend connaissable la nature met en même temps au jour une contrainte bien particulière qui est celle du devoir. Le droit naturel s'exprime au travers de celle-ci, laquelle détermine alors l'état social conforme à l'état naturel. Il y a donc, dans cette pensée du droit naturel classique, un rapport nécessaire entre la sagesse, le devoir et l'institution de la cité ; entre le savoir – et même la science, si l'on prend la philosophie comme *θεωρία* (*theôria*) –, l'éthique et la politique.

*Une structure.* — Les termes utilisés pour exprimer cette interprétation radicale du droit naturel classique peuvent être rassemblés en trois séries. La première rassemble les termes qui renvoient aux choses, à l'essence, à l'état naturel, au cosmos... Il s'agit de la série qui signifie la « nature » dans l'expression « droit naturel ». La deuxième série comprend les termes qui réfèrent à la règle, à la conformité, au devoir, à la prescription, à la justice, à la loi... Cette série signifie alors le « droit » dans le « droit naturel ». La troisième série rassemble les termes qui lient ensemble les deux premières séries : la sagesse, la raison, la logique (*logos*), la recherche... Elle assure la conjonction du « droit » et de la « nature ». Nous avons donc une *structure* qui émerge et que l'on peut noter de la manière suivante :



<sup>56</sup> M. VILLEY, « Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité », art. cité, p. 489, (emphasis d'origine).

La structure peut également être indiquée au moyen d'un double énoncé : (1) L'être est normatif au sens où l'essence des choses exige d'être réalisée ; (2) La sagesse (le savoir) découvre l'essence et se charge donc d'indiquer l'ordre de l'être - ordre auquel il faut obéir : un devoir-être.

Cette structure va nous servir à interpréter les deux tendances décrites dans la première partie de ce texte. Les formes gouvernantes qui les caractérisent vont ainsi acquérir un sens en droit, sens qui servira à saisir les enjeux de leur prolifération contemporaine et des projets de gouvernement qui se les associent.

## B.

*Distinctions et rapprochements.* — La sagesse antique inclut l'étude de la nature ; la philosophie constitue une activité scientifique. Bien entendu, ni la nature, ni la science ne désignent exactement la même chose que leurs homologues modernes<sup>57</sup>. La distance méthodologique qui les sépare, pour ne parler que d'elle, frappe. Ainsi, le *Timée* de Platon, tenant lieu de ce que Pierre Hadot appelle une physique vraisemblable, appartient aussi au genre poétique<sup>58</sup>. Mais ce n'est pas cela qui nous intéresse. Ce que nous entendons souligner est un certain rapport entre les modes de production du savoir et les modes de production du droit naturel. Un tel rapport se noue dans l'activité philosophique qui est aussi bien sagesse que science<sup>59</sup>. Ainsi, la connaissance de la nature dégage des choses un rapport de nécessité qui unit leur devenir à leur essence. Telle est la loi de leur nature. De manière analogue, les lois de la Cité doivent amener celle-ci à la bonne place – place qui est la sienne dans l'ordre du monde – et gouverner les hommes conformément à ce qu'ils sont. Le droit naturel procède du même effort de connaissance que celui qui anime la physique ou la politique antique. La connaissance de la nature produit des effets juridiques : un droit naturel. Dans cette perspective, on fait du droit comme on fait de la science.

*Suite.* — Tel n'est plus le cas aujourd'hui. On ne fait pas le droit comme on fait de la science. Au contraire, les sciences, y compris les sociales et comportementales contemporaines, sur le modèle des sciences modernes de la nature, établissent les rapports de causalité et de détermination entre les êtres. Pourtant, un tel mode de production du savoir a aussi son corollaire juridique, ce que nous avons appelé dans ce texte les formes gouvernantes. Celles-ci ne sont pas reconnaissables en droit positif ; elles opèrent comme un nouveau droit naturel. Reprenons dans l'ordre de nos développements.

*Structure du droit naturel et première tendance.* — Cette première tendance a été caractérisée par l'émergence de discours au sein desquels le passage de l'être au devoir être est rendu possible par le soutien de la connaissance scientifique. L'homologie est frappante : c'est une même structure qui permet de représenter le droit naturel classique et les discours significatifs de cette première tendance.

<sup>57</sup> Elles ne sont pas non plus complètement autre chose, voir à ce propos M. SERRES, *La naissance de la physique dans le texte de Lucrèce. Fleuves et turbulences*, Paris, Éd. de Minuit, 1977, en part. p. 195-205.

<sup>58</sup> P. HADOT, *Le voile d'Isis*, Paris, Gallimard, 2004 ; voir, en part., p. 79-88 et 210-213.

<sup>59</sup> Ce rapport répond au « concept unitaire de nature » qui revient peut-être aujourd'hui et que Michel Villey avait cherché à restituer dans son travail, voir par exemple, M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 241-254.

Nous avons souligné à son propos une hésitation à y voir une véritable perturbation du droit moderne. Au contraire, il semble que la prescription formée au creuset de l'analyse scientifique – l'ordre de la nature adressé par la science – se coule paisiblement dans les formes de la loi civile. La procédure constitutionnelle garantit ce qui est bien une novation : une sorte de loi scientifique est devenue une loi juridique qui dispose de sa propre force ; l'instance du savoir et l'instance politique collaborent, mais sont bien distinguées. Cependant, notons qu'à certains égards, le droit naturel n'est pas autre chose : une proposition adressée par la science à la politique. Le fait remarquable est que cette proposition tire son autorité de la forme scientifique qui est la sienne et non pas de la forme juridique qu'elle revêt. Les conséquences n'ont l'air de rien ; elles sont immenses. Pour les entrevoir, il faut faire un pas de côté et revenir aux rapports entretenus habituellement dans la discipline juridique par le droit naturel et le droit positif.

*Droit naturel et droit positif.* — La distinction du droit naturel et du droit positif repose sur une différence substantielle. C'est pourquoi le premier perd ses caractères en se réalisant au titre du second. Pierre-Yves Quiviger relève à ce propos que :

Les énoncés relevant du droit naturel ne doivent pas pouvoir être intégrés à un corpus juridique et à une hiérarchie des normes, car sinon ils relèvent du droit positif et le positivisme juridique suffit à rendre raison de ce qu'ils contiennent<sup>60</sup>.

Conscients de ce que le droit naturel ne pouvait tirer sa force que d'une source extérieure au droit positif, les juristes se sont habitués à le cantonner au rôle de droit idéal<sup>61</sup>. Par suite, le droit naturel permet d'évaluer le droit positif, d'établir des prescriptions dont la formulation serait prise en charge pas les juristes eux-mêmes (ce que leur reprochent précisément les positivistes)<sup>62</sup>. Produit d'une certaine philosophie du droit, le droit naturel est alors au droit positif ce que la métaphysique est à la physique, ou l'ontologie à l'épistémologie : il n'est pas du même monde. Il ne s'exprime pas sur le même mode, un mode qui tend au réalisme, mais plutôt sur le mode de l'idéalisme, du moins est-ce la position dominante qui se dégage de la littérature juridique<sup>63</sup>. L'expression du droit naturel sur le mode scientifique oblige à une conception différente.

*L'expression scientifique du nouveau droit naturel.* — Si c'est la rationalité scientifique qui autorise le passage de l'être au devoir-être, comme nous l'avons noté dans la première tendance, alors le droit naturel dégagé au cours de ce passage change de mode d'existence. La modalité scientifique de son expression le décroche du droit idéal. Elle lui confère une réalité, une positivité qui n'est pourtant pas celle

<sup>60</sup> P.-Y. QUIVIGER, *Le Secret du droit naturel ou Après Villey*, Paris, Classiques Garnier, 2012, p. 16 ; voir aussi sur ce point Chr. ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, p. 108.

<sup>61</sup> Sur cette question, voir M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, op. cit., p. 3-4. Tout en rejetant fermement la conception d'Oudot qu'il considère comme assimilant le droit naturel au droit idéal, Planiol est assez confus sur sa propre conception. Il affirme l'existence du droit naturel, constitué d'un petit nombre de principes que le législateur doit respecter. Il épouse donc le point de vue de l'instance qui connaît et formule un droit Planiol estime aussi que le droit naturel permet d'évaluer le droit positif.

<sup>62</sup> Voir, notamment : B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 113.

<sup>63</sup> Pour une proposition alternative forte, voir P.-Y. QUIVIGER, *Le Secret du droit naturel ou Après Villey*, op. cit.

du droit positif. Le droit naturel devient *forme normative de la connaissance*. Sa vocation à gouverner n'attend alors pas sa consécration par la loi civile ; il a déjà une formule juridique. C'est de ceci que la structure classique permet de rendre compte. Par suite, lorsqu'une législation recueille les prescriptions formulées par la science, c'est-à-dire les productions issues du passage de l'être au devoir-être, elle obéit à l'ordre du droit naturel. La loi devient, pour reprendre les termes déjà cités d'Alain Supiot, un « instrument de réalisation de lois scientifiques sous-jacentes, qui occupent la place d'une *Grundnorm*<sup>64</sup> ». La force du droit naturel est dans la science qui le formule.

*Conséquences.* — Subrepticement, le droit se transforme, devenant une technique liée à un projet de gouvernement par l'intermédiaire du savoir. Certains théoriciens s'intéressant de près à l'évolution des régimes de pouvoir sous l'effet des instances scientifiques, pourraient voir cette transformation du droit comme le signe d'une épistocratie en devenir<sup>65</sup>. Pris sous l'angle qui nous préoccupe, nous assistons, plus précisément qu'à une transformation, à un dédoublement du droit au sein même de la loi. Le droit se trouve scindé entre la forme que lui imprime le nouveau droit naturel dégagé par l'opération scientifique et sa forme moderne exprimée par le concept de droit positif<sup>66</sup>.

Nous vivons bien alors sous l'empire de deux grandes formes de droit dont l'une n'est pas du droit, mais il faut ajouter immédiatement : cette forme qui n'est pas du droit réclame pourtant d'être reconnue comme telle. De ce point de vue, la deuxième tendance soupçonnée plus haut dans le texte va dans le même sens, mais elle plus loin. Elle réalise, plus qu'un dédoublement du droit, son redoublement. La forme gouvernante du nouveau droit naturel s'y déploie indépendamment du droit.

*Structure du droit naturel et deuxième tendance.* — Nous avons vu que cette deuxième tendance pouvait être décrite au travers du projet de gouverner les vies par la loi scientifique. Elle correspond alors trait pour trait à la structure du droit naturel classique, semblant affirmer dans le langage contemporain la compétence du sage pour dire le droit. Il ne s'agit plus pour lui de rechercher les essences, mais d'établir les déterminations du comportement humain qui peuvent faire l'objet de dispositifs de contrôle, d'incitations ou de *nudge*. C'est un droit naturel qui a ceci de nouveau d'être lié aux conceptions contemporaines de la nature. Celle-ci constitue l'objet d'investigations scientifiques et le point de référence d'une épistémologie qui produit une mutation du droit naturel. Pierre-Yves Quiviger note clairement à ce propos :

La conception du monde et de la nature a évolué avec le temps et transposer le jusnaturalisme ancien dans un temps qui a rompu avec la cosmologie ancienne

<sup>64</sup> A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 135.

<sup>65</sup> Voir D. ESTLUND, *Democratic Authority : A Philosophical Framework*, Princeton, Princeton University Press, 2007, en part. p. 207-222. Un important colloque a eu lieu sur ce thème en 2017 à la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Montpellier, les actes devant paraître prochainement, A. VIALA (dir.), *Demain, l'épistocratie ?*, Paris, Mare et Martin, à paraître en 2021. Les communications sont disponibles en ligne : [[https://www.youtube.com/watch?v=YWODR-vOv\\_Ogl](https://www.youtube.com/watch?v=YWODR-vOv_Ogl)].

<sup>66</sup> Il faut y insister : la forme est *exprimée* par le *concept* de droit positif, elle ne se réduit pas à ce dernier. Pour le comprendre, il faudra s'intéresser à la manière dont la structure du droit naturel *moderne* détermine ce même concept. Cette question appelle des développements substantiels. Nous y viendrons dans un travail ultérieur.

est un projet absurde. À cela on objectera que la méthode importe ici plus que le contenu normatif et que les nouvelles représentations du monde ont vocation à induire de nouvelles représentations du droit, qui n'en demeurent pas moins indexées à ce qu'on appelle « nature ». Et si on peut encore faire usage de la philosophie du droit aristotélicienne, c'est au prix d'aménagements qui, précisément, conduisent à prendre en charge ces bouleversements épistémologiques<sup>67</sup>.

Liées aux mêmes références épistémologiques, comme la science juridique d'ailleurs, les sciences sociales et humaines se chargent d'établir des rapports entre les dispositions des êtres – dispositions qu'il faut bien qualifier de naturelles – et leurs actions<sup>68</sup>. En ce sens, elles expriment des lois scientifiques qui sont alors disponibles aux projets de gouvernement. La lecture de certains textes en la matière est assez stupéfiante. En particulier, l'ouvrage fondateur de Thaler et Sunstein<sup>69</sup> comporte de nombreux passages où l'on pourrait, au terme d'un effort minime d'interprétation, retrouver la forme des recherches antiques de l'essence des choses – de l'humain, ici.

*Florilège.* — Le point commun des extraits qui suivent tient à l'affirmation de caractères intangibles du sujet humain et qui peuvent être détectés par l'observation. En ce sens, la possibilité de gouverner par le *nudge* est scientifiquement justifiée. Elle s'appuie sur les expériences menées dans divers domaines tels que ceux de l'économie comportementale, de la sociologie, des sciences de gestion ou du marketing depuis plusieurs dizaines d'années. Précisons que nous avons utilisé l'édition en langue anglaise du livre de Thaler et Sunstein ; il s'agit donc d'une libre traduction. Ainsi : « Les humains commettent des erreurs prévisibles<sup>70</sup> » ; à propos d'une certaine expérience de perception de formes géométriques : « votre jugement est biaisé et ceci de manière prévisible<sup>71</sup> » ; « les gens sont, dirions-nous, *nudgeable*<sup>72</sup> » ; en présence de tel dispositif graphique sur la route : « l'instinct naturel de quelqu'un est de ralentir<sup>73</sup> » ; « l'essentiel est que des Humains sont facilement *nudgés* par d'autres êtres humains. Pourquoi ? Une des raisons est que nous aimons nous conformer les uns aux autres<sup>74</sup> » ; parlant d'une expérience menée par Solomon Asch à propos de la propension au conformisme : « les découvertes de Asch semblent saisir quelque chose d'universel à propos de l'humanité », les auteurs citent ensuite la manière dont ces expériences ont été répétées avec des résultats

---

<sup>67</sup> P.-Y. QUIVIGER, *Le Secret du droit naturel ou Après Villey*, op. cit., p. 14.

<sup>68</sup> Michel Villey le notait, quant à lui pour de toutes autres raisons : « les sciences humaines ont décelé en l'homme et dans les sociétés humaines un déterminisme naturel » (M. VILLEY, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 249).

<sup>69</sup> R.H. THALER et C.R. SUNSTEIN, *Nudge*, op. cit.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 8 : « *Human predictably err* ». Étant précisé que la catégorie *Human* est construite par opposition à celle d'*Econ* (l'homme rationnel) et représente l'humain dans la plénitude de ses dispositions à décider, là où l'*Econ* ne prend que des décisions rationnelles, voir *ibid.*, p. 7-8.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 20 : « *Your judgement in this task was biased, and predictably so [...]* ».

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 40 : « *people are, shall we say, nudgeable* ».

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 41 : « *one's natural instinct is to slow down* ».

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 59 : « *The bottom line is that Humans are easily nudged by other Humans. Why ? One reason is that we like to conform [...]* ».

proches<sup>75</sup> ; il est aussi question de « Système Automatique » pour désigner les réactions provoqués par certaines stimulations (par exemple, des poignées mal conçues qui donnent envie de tirer la porte plutôt que de la pousser comme elle devrait l'être<sup>76</sup>) ; « les Humains font des erreurs<sup>77</sup> » ; « les Humains sont réticents à perdre<sup>78</sup> »...

*Analyse.* — Outre la proximité avec certains exercices de sagesse antique qui s'efforcent de définir ce qui est (science de l'être ou ontologie), le montage de la catégorie d'Humain frappe l'attention. L'Humain est, contrairement à l'*Econ* (c'est-à-dire l'*homo economicus*), l'homme qui erre. Cette disposition à l'erreur constitue un caractère de l'humain, une qualité substantielle pourrait-on dire. De nouveau, on retrouve des structures significatives de la pensée antique au creux de laquelle se formule le droit naturel. Car l'humain qui erre, c'est l'humain défini par ses accidents :

Les accidents contribuent, pour une grande part, à savoir ce qu'est une chose. Car, lorsque nous sommes en position de rendre compte de ses accidents, soit de leur totalité, soit de leur grande majorité, nous pouvons être alors en position de formuler parfaitement quelque idée sur la substance aussi<sup>79</sup>.

En d'autres termes, la théorie du *nudge* ressemble aussi à une entreprise de détermination de l'essence humaine. Sa jonction avec la production classique du droit naturel vient de ce que l'observation du comportement en cause ne vise pas seulement à augmenter la quantité de savoir à propos des décisions et actions humaines. La théorie du *nudge* inclut la construction de dispositifs permettant d'influencer les comportements ou d'inciter en douceur. De tels dispositifs constituent des techniques de gouvernement informées par la loi scientifique. Celle-ci, ordonnant une manière de conduire la conduite des hommes, devient la source d'une forme gouvernante significative d'un nouveau droit naturel. Il nous faut maintenant conclure sur la présence de celui-ci ; conclusion qui ne peut être que suspensive, une indication de ce qui constitue à nos yeux, un problème.

## CONCLUSION QUEL EST LE PROBLÈME ?

*La double signification du geste moderne.* — Nous sommes, nous autres juristes, pris dans le jeu du geste moderne qui nous dissimule toute une partie du phénomène juridique, une modalité d'existence du droit, une forme qui gouverne les êtres sociaux. Car nous limitons notre appréhension du droit au moyen d'un critère de reconnaissance lié au concept de droit positif. Le monopole de ce dernier quant à la détermination du droit reconnaissable ne doit d'ailleurs pas être confondu avec le positivisme juridique. Il y a, chacun le sait, d'autres théories du droit, lesquelles reconnaissent pourtant le droit positif. Et il y a bien des philosophies et des théories du droit jusnaturalistes. Mais, tout comme le positivisme juridique, elles établissent ou discutent des conceptions qui ne peuvent manquer de se situer par rapport au

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 60 : « *Asch's findings seem to capture something universal about humanity* ».

<sup>76</sup> Voir, *ibid.*, p. 89.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 96 : « *Human makes mistakes* ».

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 131 : « *Humans are loss averse* ».

<sup>79</sup> ARISTOTE, *De l'âme*, trad. et prés. R. Bodéüs, Paris, Flammarion, 1993, p. 88.



concept de droit positif. Elles constituent aussi des interprétations (jusnaturalistes) du droit (positif). Celui-ci est comme le « donné » ou l'« étant » avec lequel semble se confondre l'existence des choses (ici : le droit). C'est peut-être pourquoi Carbonnier parlait d'un positivisme de métier. Celui-ci résulte d'une entente nécessaire de tous les juristes sur la réalité du droit et, corrélativement, sur la virtualité du droit naturel. Telle est la première signification du geste moderne : attribuer au droit un domaine réel, domaine à l'intérieur duquel le gouvernement se fait par le droit, mais domaine qui ne correspond pas à l'ensemble du domaine gouverné.

En effet, le geste moderne a une autre signification qui concerne le développement du droit naturel, c'est-à-dire le travail continu d'une structure qui produit des formes gouvernantes. Par le jeu du concept de droit positif, une telle structure est *disqualifiée* – comprendre qu'elle est sortie *en droit* du domaine du droit. On lui donne alors des noms divers : administration, politiques publiques ou techniques de gouvernement. La chose sous ces noms constitue un nouveau droit naturel, nouveau parce que produit par le geste moderne, structurellement distinct de ce qui est couramment appelé le droit naturel moderne après Léo Strauss ou Michel Villey. Ce nouveau droit naturel a son mode spécifique de constitution : le passage de l'être au devoir être ; il a sa *juris dictio* : l'instance scientifique.

Ainsi, le geste moderne nous montre la réalité du droit positif et nous dissimule l'existence du droit naturel. Une forme de gouvernement des hommes, par le droit positif, enveloppe une autre forme de gouvernement des hommes, par le droit naturel. Ceci nous conduit, de nouveau, à faire face au geste moderne.

*L'affrontement du geste moderne.* — La présence du nouveau droit naturel pose un double problème. D'abord, elle questionne à sa racine le projet de société qualifié d'état de droit et qui résulte d'une lutte pour arracher l'humain du gouvernement par la loi naturelle. Cette histoire, pour être archi-connue, n'en est pas pour autant terminée. Car le développement du droit naturel peut tout aussi bien signifier le caractère quasi-mythique de ce projet et, en particulier, le rapport du droit au « gouvernement de la liberté » (Lucien Jaume), l'empire du « droit de la liberté » (Axel Honneth), ou la place du droit comme « organisme de la liberté » (Jhering) doivent être discutés dans un monde juridique hybride.

Ensuite, la présence du nouveau droit naturel pose un problème au juriste dans sa tâche de défense des droits individuels. La technique et l'art juridique sont-ils encore de quelque utilité, de quelque autorité, sous la juridiction du droit naturel ? Devant quel tribunal l'usage des *nudges*, le dressage des corps, le gouvernement par la météorologie ou la santé des êtres devraient être discutés lorsqu'ils emportent une violence ou une lésion ? Comment combattre en droit ce qui vient du fait et se présente comme inévitable ? Ces questions méritent qu'on s'y attarde, quitte à ce qu'elles se trouvent balayées par d'autres rapports de forces. Mais, de ce point de vue, tout au moins, le développement du nouveau droit naturel appelle une extension du domaine de la lutte pour le droit.

Paris – La Teste de Buch, mars 2021.

**Vincent Forray et Sébastien Pimont**

Professeurs à SciencesPo (École de droit).



#### COLOPHON

Ce numéro de *Droit & Philosophie* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2606-4596

# DROIT & PHILOSOPHIE

---

*Droit & Philosophie* est la revue française dédiée à l'étude critique des liens entre droit, philosophie, théorie et culture juridiques. Elle se situe à leur intersection et se veut également un lieu de rencontre des doctrines françaises et étrangères dans ces matières. Cette ligne éditoriale ainsi que la qualité de ses publications sont garanties par un comité de lecture et une procédure d'évaluation systématique en double aveugle.

La revue *Droit & Philosophie* publie chaque année un volume numérique puis imprimé aux éditions Dalloz, ainsi que des contenus inédits tout au long de l'année (hors-séries, articles, traductions, recensions, mémoires, etc.).