

ARTICLES

Une philosophie du droit pour temps troublés

François Ost
Académie royale de Belgique

La naissance d'une nouvelle revue de philosophie du droit est un événement à saluer et je suis honoré que ses fondateurs m'aient sollicité pour contribuer à son premier numéro. Je note avec plaisir la ligne éditoriale privilégiée : « cette revue se propose d'examiner le droit sous un angle *finaliste* (...) débattre en pratique de la justice de notre droit positif ». Je partage totalement cette priorité ; en 2016 j'ai du reste consacré un livre entier à la question « à quoi sert le droit ?¹ ». N. Bobbio notait, en 1977, qu'« au cours du demi-siècle écoulé, la théorie générale du droit s'est plus préoccupée de savoir "comment le droit est fait" que de savoir "à quoi il sert"² ». D'inspiration positiviste, cette théorie semblait ne se soucier que de la structure de l'ordre juridique (un ordre dynamique avec création des normes par degrés) et de la nature de ses normes (un jugement hypothétique d'imputation : « si a, alors b doit être »), laissant pour le surplus la question des fonctions et usages aux sciences sociales, et celle des finalités aux philosophes.

Il est d'autant plus nécessaire et urgent de se préoccuper *juridiquement* des finalités du droit, de son rôle social, de ce qu'on perdrait à s'en passer, à le marginaliser ou à l'instrumentaliser que la guerre s'invite aujourd'hui à nos portes. Lorsque je travaillais à mon ouvrage en 2016, j'avais en vue l'émergence de sociétés « *post-juridiques* » caractérisées par le règne des lois du marché ou des médias, par les impératifs des politiques sanitaires, ou encore par la « gouvernance par les nombres » – l'épisode Covid nous en

1. F. Ost, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

2. N. Bobbio, 1977, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milan, Communita, (1977) 1984, p. 63 s. Pour une critique de ce désintérêt, cf. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 182 : « Il ne suffit pas de dire que le droit est une technique pour comprendre la place qui est la sienne dans l'ensemble des techniques. Encore faut-il identifier la fonction propre qu'il y occupe. Chaque objet technique se distingue en effet par la fin particulière en vue de laquelle il a été conçu ».

donné un aperçu. Dans tous ces cas, le droit n'est pas ignoré, mais largement instrumentalisé par des normativités qui lui sont étrangères et des formes de gouvernance éloignées de la culture de l'État de droit. Aujourd'hui, la régression est plus radicale encore : le bafouement du droit en Ukraine et à Gaza nous donne à voir ce qu'on croyait devenu impossible : une gouvernance *anti-juridique*, indexée sur le règne de la force et la négation de l'autre. C'est à une régression à la violence déchaînée que nous assistons : non seulement le reniement du tiers juridique, mais le rejet de l'humanité de l'autre qui n'est plus un adversaire à vaincre, mais un obstacle à annihiler. Le droit, que je conçois comme le règne du tiers, opérant « entre amour et violence »¹, disparaît alors complètement, laissant les individus sans protection ni considération, livrés à la loi du plus fort.

Privilegiés par l'absence de guerre en Europe depuis bientôt huit décennies, et nourris de la culture des droits de l'homme, nous nous sommes bercés de l'illusion d'un monde sans guerre où le droit s'imposerait comme une nécessité naturelle. Nous tombons de haut aujourd'hui, pour avoir sous-estimé ces constantes anthropologiques, et il est donc urgent de repenser le rôle, l'éminente valeur, mais aussi la grande fragilité des constructions juridiques qui tentent d'instaurer la scène tierce de la justice, « entre amour et violence ». L'exercice est d'autant plus nécessaire, et difficile, que l'hédonisme des décennies précédentes a consacré le règne du Sujet-roi, souverain moderne dont le principe est la satisfaction de ses désirs – par définition illimités. On comprend que cet individualisme exacerbé ne favorise pas la compréhension de la nécessité d'ordres juridiques dont le propre est de renforcer le lien social, mais aussi d'imprimer des limites à la toute-puissance du sujet.

C'est donc à la promotion d'une « philosophie du droit pour temps troublés » qu'il faut s'atteler. Dans les limites de la présente contribution, je me propose de soumettre à nouvel examen les finalités que j'envisageais pour le droit en 2016 en les repensant à l'aune de sociétés virtuellement anti-juridiques marquées par la guerre et l'individualisme souverain. Deux points me retiendront plus particulièrement – qui sont autant de chantiers pour une philosophie du droit d'aujourd'hui : au plan factuel, l'émergence d'une culture de la post-vérité, et, au plan normatif, la difficulté d'élaborer des compromis honorables. Dans les deux cas, ce qui est mis à mal c'est la référence à une société ouverte visant, par le dialogue coopératif, l'approximation de vérités partagées dans le premier cas, et la construction d'un intérêt général dans le second.

1. F. Ost, *Le droit ou l'empire du tiers*, Paris, Dalloz, 2021. La tension du juridique entre amour et violence a été étudiée par P. Ricœur : *Amour et justice*, Paris, Editions Points, 2008, et aussi par L. Boltanski, *L'amour et la justice comme compétences*, Paris, Le Métailié, 1990.

Trois finalités dialectiquement liées

À la question « à quoi sert le droit ? », je réponds en distinguant ses usages, ses fonctions et ses finalités. Seules les troisièmes nous intéressent ici ; les usages relèvent d'une approche plutôt empirique – étudiés par la sociologie du droit, ils nous renseignent sur les manières très diverses dont les acteurs, privés, publics et collectifs, s'approprient le droit et en usent en fonction de leurs intérêts. L'étude des *fonctions*, quant à elles, relève de la théorie générale du droit qui analyse comment la technique juridique (sa « grammaire ») opère pour remplir les fonctions de mesure attendues du droit : tisser des liens, définir des limites pour encadrer, soutenir, « seconder » les institutions sociales primaires (familles, entreprises, collectivités politiques, sportives, religieuses...) et les normes de comportement (primaires elles aussi) qu'elles secrètent. Il reste que usages et fonctions peuvent être mises en œuvre pour le meilleur et pour le pire – tant il est vrai que les régimes hitlériens et staliens se réclamaient eux aussi d'un cadre juridique¹. On ne fera donc pas l'économie de l'étude (philosophique) des *finalités* au service desquelles le droit est mobilisé. À ce stade, une nouvelle distinction s'impose. C'est qu'il y a, d'un côté, les « finalités *extrinsèques* » au droit : elles le précèdent et le débordent ; elles peuvent, ici encore, tendre vers le meilleur (respect de la dignité humaine, liberté, solidarité...) ou le pire (promotion de la race, dictature du prolétariat...). De l'autre côté, celui qui nous intéresse, il y a les « finalités *intrinsèques* » au droit qui visent la manière dont la technique juridique se transforme pour satisfaire telle ou telle finalité extrinsèque – convenons que nous réfléchissons ici à la manière dont le droit se mobilise pour le meilleur : la défense de la dignité humaine, l'établissement d'un régime démocratique.

À ce point de mes réflexions, je m'arrête un instant pour souligner la difficulté de produire une philosophie du droit *spécifiquement juridique* – une philosophie qui fasse justice au rôle propre et irremplaçable du droit, et cela à l'ombre et la frontière de deux discours nettement mieux partagés et audibles : entre une philosophie morale qui traite des finalités extrinsèques (les grandes valeurs éthiques) et une philosophie politique qui éclaire les usages qu'en font les acteurs. Comment, dans ces conditions, rendre justice et penser en profondeur les finalités *intrinsèques* du droit – une pratique et un discours social opérant comme un médiateur discret entre les forces politiques tonitruantes et les idéaux éthiques les plus édifiants ? S'il est vrai que le droit opère « entre amour et violence », empruntant à l'un et à l'autre tout en les limitant, la tentation est grande de désertir ce milieu médiateur presque invisible, pour s'étendre sur les domaines, à bien des égards plus gratifiants, des idéaux éthiques ou des mécanismes politiques. Tout l'enjeu consiste donc, pour une philosophie du droit qui se veut *spécifiquement juridique* – de se

1. Pour le droit nazi, on se reportera à l'excellent ouvrage de O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours nazi*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2017.

nourrir, mais sans s'y perdre, de ces analyses extrinsèques pour approfondir son objet propre : comment opère la technique juridique pour tendre vers ces idéaux extrinsèques qui le débordent et le précèdent, et ce sur un terrain marqué par les jeux de pouvoir et les luttes d'intérêt qu'on connaît ?

Je reconnais que cette position théorique peut sembler réserver une place excessivement modeste au droit. Dans mon esprit, le droit est, en effet, une institution seconde (y compris dans son apparition historique) qui s'inscrit dans un contexte culturel (mœurs, coutumes, valeurs, spiritualités) et un terrain socio-politique préalables¹. Quand les temps se troublent et que se déchaîne la guerre, cette thèse me paraît encore plus évidente. On est alors brutalement ramené « aux fondamentaux » : les rapports de force sans intermédiaire et, en contrepoint, l'appel aux valeurs les plus hautes. Ceci ne veut pas dire cependant que le rôle du droit soit secondaire, ni que, une fois installé, il ne soit lui-même en mesure d'infléchir ce contexte culturel et ces rapports de force socio-politiques. Ainsi, par exemple, un droit humanitaire a progressé au travers des horreurs du XX^e siècle, qui insiste maintenant pour se faire entendre (y compris par la menace de procès intentés aux auteurs de crimes de guerre). Ceci devrait nous conduire à redoubler d'attention en vue de faire apparaître quelle est précisément cette contribution du droit aux finalités extrinsèques que nous adoptons – dans notre cas, la promotion de la dignité de l'humain.

Nous voici donc à pied d'œuvre. Je soutiens que les finalités intrinsèques du droit (au service de la dignité humaine) sont au nombre de trois – et j'ajoute immédiatement : trois finalités *dialectiquement liées*, l'une ne pouvant être pensée sans les autres, leur réunion seule répondant à la question des finalités du droit. Soit donc la formulation suivante : un ordre juridique susceptible de déployer la scène tierce du juste (1) produit un équilibre social général des valeurs et intérêts en conflit, (2) susceptible d'être imposé par une contrainte *contrôlée et génératrice de la confiance* et (3) de nature à être remis en cause, *au moins dans une certaine mesure*, dans le cadre de procédures déterminées.

Trois exigences qui, à leur manière, traduisent les trois symboles que l'Occident associe à l'allégorie de la justice : l'équilibre évoque la balance, la contrainte rappelle le glaive, quant à la remise en question, la plus subtile des virtualités dont le droit est capable, elle s'exprime dans le symbole un peu mystérieux du bandeau – ce bandeau qui invite au regard intérieur et à la réflexivité.

Avant de détailler quelque peu chacune de ces trois finalités dialectiquement liées, je précise encore – et cette précision est réellement décisive – qu'à mes yeux, le respect de ces trois exigences est de nature à inscrire la

1. Dans le même sens, cf. C. Castoriadis : « le droit est une institution de second degré », in *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975, p. 174. Cf. aussi J. Chevallier : « la règle de droit est seconde par rapport à d'autres catégories de normes, la normativité venant se greffer sur une normalité déjà-là, socialement reconnue » (« L'internormativité », in *Les sources du droit revisitées*. Vol.4. *Théorie des sources du droit*, sous la dir. De I. Hachez, F. Ost et alii, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2013, p. 697).

relation juridique sur une *scène tierce* – le niveau du tiers qui est réellement le niveau juridique, le lieu spécifique d'où il assure le plus légitimement son rôle social. Si je devais résumer en cinq mots un livre de 578 pages, qui pose la question « à quoi sert le droit ? », je répondrais : « à compter jusqu'à trois ». La plus-value du droit par rapport aux relations sociales, la propriété émergente qu'il suscite dans les meilleurs des cas, c'est d'inscrire ces relations sur ce que j'appelle la « scène tierce » de la loi commune et du juge au-dessus des parties, garantissant ainsi une amorce d'égalisation de traitement. La *fonction* du droit est de redoubler le lien social dans ses procédures et institutions techniques propres ; sa *finalité* est d'inscrire ce redoublement sous l'égide du tiers. Se passer du droit consisterait à en revenir à l'immédiateté de la relation sociale primaire, sans médiation sociale, sans mesure, sans limite ni contrôle dans la complicité comme dans la violence.

Un arbitrage général entre intérêts et valeurs en conflit

J'en reviens maintenant à mes finalités, et d'abord à la première : la formalisation d'un arbitrage social généralisé entre intérêts et valeurs concurrents. La recherche de l'équilibre est consubstantielle au droit : la balance l'évoque, de même que le principe de proportionnalité qui domine le raisonnement juridique aujourd'hui comme hier ; ce qui est droit est d'équerre, comme le rappelle l'étymologie de la norme (*norma*, équerre). Entre toutes les prétentions qui lui parviennent, les intérêts qui réclament protection, les valeurs qui entrent en conflit, le droit arbitre, ou plutôt propose les instruments d'un arbitrage qui, sans ajouter un nouveau poids dans la balance, assure la régularité de l'opération, la hisse au niveau tiers de l'impartialité. Quel que soit le dossier qu'il ait à construire et défendre, le juriste le fera dans l'optique d'une régulation d'ensemble qui, en dernier ressort, est susceptible d'un contrôle juridictionnel au regard d'une loi générale. Ceci concerne aussi bien la construction de compromis au plan législatif (prolongés par la mise en œuvre exécutive) que du discernement de la solution juste au plan juridictionnel – dans chaque cas il s'agira de faire droit à la spécificité de la situation tout en se référant à un critère général (généralisable, universalisable) de justice.

À la différence du règlement des conflits ou tout simplement de l'attribution de « parts » dans le face à face binaire, le traitement « tiers » par le droit ne peut se limiter à des arrangements particuliers, ceux-ci fussent-ils inspirés par le don (amour) ou au contraire imposés par l'intérêt individuel (violence) ; toujours, au contraire, ils doivent se référer à un cadre plus général susceptible d'assurer égale considération à chacun. C'est pourquoi Ricœur a raison de souligner qu'une solution juridique juste ne peut se contenter de rétablir, par compensation, la part de chacun (car cette attribution de parts initiales peut être elle-même très inégalitaire, et, en cela, le droit se contenterait d'avaliser une injustice initiale) ; la véritable justice (ce qu'il appelle sa « fonction

longue ») vise plus haut : elle tend à assurer les conditions d'une cohabitation juste et solidaire, notamment en commençant par reconnaître à chacun, y compris la partie succombante ou le prévenu condamné, sa part de dignité, qui est la condition d'intégration ou de réintégration dans la communauté¹.

On mesure la difficulté de réaliser ce programme juridique en des temps troublés où est mise en cause la référence à des vérités partagées, et discrédité l'objectif de construire des compromis honorables donnant consistance à l'intérêt général ou au bien commun. En ce qui concerne les vérités partagées, on enseigne, non sans raison, que le droit s'origine et s'appuie sur les faits (*ex facto ius oritur*) : comment, en effet, prétendre réaliser un arbitrage satisfaisant des intérêts et des valeurs en conflit si on ne s'accorde pas au préalable sur un socle factuel minimal constitutif d'un « monde commun » ? Certes, depuis le « tournant herméneutique », nous savons que le réel s'interprète et que la vérité se construit ; par ailleurs, nous savons aussi, depuis que nous avons amorcé le « tournant pragmatique », que ces interprétations et ces constructions sont fortement dépendantes de la position (jeux de langage, formes de vie, jeux de rôles) des acteurs concernés. Nous ne croyons plus trop à des vérités évidentes et incontestées, et nous savons combien le réel est multiple et changeant.

Il reste que ce relativisme bienvenu a ses limites – toutes les interprétations ne sont pas raisonnables, certaines constructions sont plus vraisemblables et plus légitimes que d'autres. Umberto Eco illustre très bien les deux versants de cette dialectique qui, après avoir écrit *Lector in fabula*² qui soulignait la contribution décisive du lecteur dans l'interprétation des textes, a cru nécessaire, quelques années plus tard, de rectifier partiellement le tir dans un autre ouvrage au titre explicite : *Les limites de l'interprétation*³. Par ailleurs, comment ignorer l'entreprise scientifique, exercice collectif, dialogique et public de la recherche, par le biais de protocoles expérimentaux, de « vérités » (provisaires et partielles sans doute) partagées ? Cette entreprise scientifique, pour autant qu'elle ne verse pas dans l'arrogance scientifique, représente une contribution majeure à la construction du « monde commun » de « sociétés ouvertes » et, à ce titre, une condition essentielle à l'élaboration de l'intérêt général, au plan normatif cette fois.

Or il se fait qu'aujourd'hui nous assistons médusés à la large diffusion d'idéologies affichant un scepticisme *de principe* à l'égard de cette recherche d'objectivité⁴. Tout se passe alors comme si le ressenti individuel devait l'emporter sur la discussion publique et l'exercice de la preuve, tandis que l'authenticité des convictions personnelles présenterait *par principe* plus de valeur que

1. P. Ricœur, « L'acte de juger », in *Le juste*, Paris, Editions Esprit, 1995, p. 185-192.

2. U. Eco, *Lector in fabula*, (1979), traduit par M. Bouzaher, Paris, Grasset, 1985.

3. U. Eco, *Les limites de l'interprétation*, traduit par M. Bouzaher, Paris, Grasset, 2014.

4. Cf. notamment M. Revault d'Allonnes, *La faiblesse du vrai. Ce que la post-vérité fait à notre monde commun*, Paris, Seuil, 2018.

la recherche argumentée et publique d'accords factuels. Les grandes institutions publiques du savoir, ainsi que les médias publics d'information critique sont alors frappés d'un soupçon généralisé, et l'information complaisante partagée « en silo » sur les réseaux (très mal) qualifiés de « sociaux » tiennent lieu de cadre, infiniment fragmenté, de représentation du monde. Avec pour conséquence immédiate le déferlement de mensonges, de fantasmes et de *fake news*, ce qui a sans doute toujours existé mais qu'il devient désormais difficile de dénoncer dès lors que c'est l'idée même de « vérité » (même provisoire et partielle) qui est disqualifiée.

On comprend qu'une philosophie du droit « pour temps troublés » devra s'atteler en priorité à retravailler ce chantier épistémologique pour faire comprendre notamment la valeur de la recherche collective et argumentée de vérités partagées – des vérités provisoires et partielles qui ne sont pas pour autant des artifices trompeurs¹ ; les juristes en savent quelque chose qui développent un système probatoire dont les choix reposent sur des valeurs soumises au débat et qui, par ailleurs, s'accordent à la fois sur la nécessité de s'appuyer sur des accords factuels, tout en se gardant de les considérer comme des dogmes – ne dit-on pas que la décision de justice (mais la leçon est générale) est *tenue pour vraie* (*res iudicata pro veritate habetur*) ?

Ces considérations critiques à propos de l'esprit du temps se redoublent si l'on considère cette fois la difficulté accrue d'établir non plus seulement des accords factuels, mais aussi des compromis *normatifs* entre intérêts et valeurs en conflit. Ici encore le problème n'est pas neuf : Rousseau déjà parlait des « factions » qui entravaient la construction de la « volonté générale » dont la loi est l'expression². Mais précisément, la technique du débat juridique, répondant largement au modèle communicationnel valorisé par Habermas, a pour objectif de surmonter au moins partiellement cette diversité de points de vue – qu'il suffise d'évoquer les principes du contradictoire, de la publicité, du recours, etc. Au cours des dernières décennies cette diversité normative n'a cessé de s'accroître, dans le cadre de sociétés pluralistes et multiculturelles. Mais, ici encore, la visée d'universalité n'était pas abandonnée, au sens de recherche de compromis et d'arbitrage honorables, même si l'on comprenait qu'il ne s'agissait plus d'imposer des solutions dictées par un universalisme de surplomb (a priori, incontestable), mais plutôt de dégager les linéaments d'un universalisme construit par le bas, notamment sous la forme de « consensus par recoupements » (John Rawls), à partir des visées différenciées des groupes en présence³.

1. Une construction de savoirs qui devra aussi reconnaître la contribution nécessaire et bienvenue des citoyens et des groupes comme Bruno Latour l'enseigne depuis longtemps ; cf. à ce sujet le dernier ouvrage de J. Commaille, *L'esprit politique des savoirs*, Paris, Editions Maison des sciences de l'homme, 2023.

2. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, (1762), Paris, Flammarion, 2001.

3. Sur cette distinction entre différentes formes d'universalisme, cf. F. Ost, « Vers un droit universel, la fin d'un vieux rêve ? », in M. Senn et al., *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*,

C'est pourtant cette approche dialogique, ce patient travail « traductif » de rapprochements des points de vue qui semble parfois remis lui-même en cause aujourd'hui. C'est évident lorsque la guerre se déchaîne ou lorsque s'impose un brutal retour du religieux dogmatique, intolérant et théocratique ; mais cela s'observe aussi lorsque les crispations identitaires et les concurrences victimaires – bien présentes sur les campus américains par exemple – minent le projet même de construction de perspectives communes et solidaires. C'est alors jusqu'à l'idée de « commune humanité » qui est emportée dans ces surenchères victimaires. En résulte une désertion de l'espace public, une radicalisation et une diversification virtuellement infinie des partis politiques, et finalement une dégradation de la discussion publique et une impossibilité de construire arbitrages et compromis¹. La tentation est grande alors d'imposer des solutions unilatérales et autoritaires d'autant que l'urgence des défis qui se posent, en matière d'immigration et de lutte contre les dérèglements climatiques notamment, poussent les champions de ces causes à ne plus tolérer aucune des lenteurs qui accompagnent nécessairement les processus démocratiques. Ici encore, une philosophie du droit pour temps troublés aura fort à faire pour rappeler la complexité et la valeur des processus de rapprochement des points de vue – des processus qui ne sont pas synonymes pour autant d'atermoiements et de compromissions coupables.

Sans pouvoir développer ici les lignes de force d'un tel programme, je me contente, pour ne pas en rester à des orientations trop générales, d'évoquer quelques exemples d'approches dialogiques dans le cadre du raisonnement judiciaire et de la recherche d'arbitrages équitables par les juges². (En ce qui concerne la formation de compromis au plan législatif, j'ai déjà appelé la « théorie de la discussion sans contrainte » de Habermas, en vue de dégager des solutions « universalisables » ; dans le meilleur des cas l'emporte alors l'« argument le meilleur » au-delà des logiques « stratégiques » des uns et des autres. Les travaux de Robert Alexis et de Manuel Atienza se situent dans ce sillage). Au plan judiciaire, les approches théoriques se sont multipliées, depuis des décennies, qui toutes s'efforcent, par des moyens divers, de concilier équité d'espèce (attention aux spécificités du dossier, aux singularités des plaideurs) et référence à un critère généralisable de justice, sinon en amont de la décision, au moins en aval, s'il s'agit d'une décision vraiment novatrice. Je pense par exemple à la « nouvelle rhétorique » de Chaïm Perelman qui renouvelle l'approche aristotélicienne par la référence à un « auditoire universel » susceptible de surmonter les procédés « mercenaires » des rhéteurs sophistiques.

n° 121, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, p. 55-71.

1. Cf. notamment J. Habermas, *Espace public et démocratie délibérative : un tournant ?*, Paris, Gallimard, 2023.

2. Sur le dialogisme, on lira avec fruit Fr. Gea, « Dialogisme, interprétation et traduction en théorie du droit », in *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, p. 587 s.

Je pense ensuite aux nombreuses théories herméneutiques du droit (à commencer par celle de Ronald Dworkin) qui, comme je l'ai déjà suggéré en citant U. Eco, montrent à la fois la part créative et discrétionnaire du juge dans la lecture de la loi, mais s'attachent par ailleurs à penser les garde-fous (les contraintes, les limites) qui préservent le juge d'un usage arbitraire du pouvoir dont il dispose. Dans un sens très proche, les théories du droit comme traduction¹ combinent de façon dialectique la part créatrice du juge-traducteur (et, en amont, des avocats-traucteurs) avec la nécessaire fidélité du traducteur, si ce n'est à la lettre du texte, du moins à son esprit. Se dégage alors, entre auteur (législateur) et traducteur (juge) une « communauté traductrice » au sens où en parle le poète et traducteur Yves Bonnefoy ; l'un et l'autre, à leur place respective, s'efforcent de tendre vers, et de dire le mieux possible dans leur idiome, ce qu'il y a à dire².

On peut évoquer encore les théories narratives du droit, plus récentes, qui mettent en lumière l'importance du récit et le travail de l'imaginaire, aux différentes étapes du procès (récit des faits, récits des lois et des précédents judiciaires, récit de l'évolution des mots mêmes de la loi, récit des péripéties du procès lui-même). Il s'agit ainsi de faire justice à la part imaginaire sous-jacente aux normes et procédures – Robert Cover parle à cet égard de *nomos* pour évoquer le mélange inextricable de fiction et de normativité formant des univers de sens que nous habitons et qui nous engagent³. Dans sa *Critique de la faculté de juger*, Kant expliquait déjà que lorsque le texte de la loi était en défaut, ou même faisait défaut, c'est à ce type de *récit exemplaire* que le jugement se référerait (*jugement réfléchissant* cherchant le critère de justice en aval, par opposition au *jugement déterminant* se contentant d'inférer la solution d'un principe donné a priori en amont de la décision)⁴. Mais cette reconnaissance bienvenue du fondement imaginaire des constructions juridiques ne signifie en aucun cas une disqualification de la technique et de la rigueur juridiques ; la fiction oriente et stimule une recherche qui respecte les méthodes et les qualifications juridiques. Et la prise en compte bienvenue des émotions, qui va de pair avec la reconnaissance de la part d'imaginaire, ne conduit pas pour autant au déferlement de subjectivités débridées⁵.

1. F. Ost, *Le droit comme traduction*, Québec, Presses de l'université de Laval, 2009.

2. Y. Bonnefoy, *La communauté des traducteurs*, Strasbourg, Presses de l'Université de Strasbourg, 2000.

3. R. Cover, « The Supreme Court, 1982 - Foreword : Nomos and Narrative », in 97 *Harvard Law Review*, 1983-1984, p. 4 s. Traduction française dans Fr. Michaut, *Le droit dans tous ses états à travers l'œuvre de Robert M. Cover*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 69 s.

4. E. Kant, *Critique de la faculté de juger*, traduction par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993.

5. Sur ce thème, cf. notamment E. Jeuland, *La justice des émotions*, Paris, IRJS Editions, 2020 ; Chr. Baron, *Contextes littéraires, émotions judiciaires*, Paris, Classiques Garnier, 2020 ; *Les émotions dans les prétoires*, dossier réalisé par la revue *Les Cahiers de la justice*, Dalloz, 1, 2014 ; J. Van Meerbeeck, « Réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions

Dans tous ces exemples, on le voit, la technique juridique s'efforce de satisfaire la première finalité que j'assigne au droit : dégager des compromis en équilibrant le souci de la particularité du cas et la nécessaire référence à un principe tiers, plus général, plus permanent, seul susceptible d'assurer l'égalité de traitement.

J'en viens alors, mais plus brièvement, aux deux autres finalités intrinsèques que j'associe au droit.

... Un équilibre imposé par la contrainte génératrice de confiance

La deuxième finalité intrinsèque qu'il faut reconnaître au droit est d'assurer le caractère opératoire (effectif, exécutoire) de l'équilibre défini en vertu de la première finalité ; il ne s'agit pas en effet ici de discussion académique mais de régulation concrète de groupes humains, dans le cadre de tensions et conflits parfois violents. Dans ce contexte, les compromis juridiques ont pour vocation de s'imposer dans le réel et de guider effectivement les comportements. Sous cet aspect, le droit est indissociable de la contrainte, y compris dans ses aspects les plus déplaisants : il doit pouvoir s'imposer, par la force s'il le faut. En ce sens, Kelsen avait raison de définir les ordres juridiques comme des « ordres de contrainte », même si on souligne aujourd'hui, à juste titre, la part importante du *soft law* (droit incitatif, dissuasif) non directement assorti de sanctions, ainsi que « l'intensité » ou la « force » normative variable et graduelle des diverses sources juridiques¹ – l'important est que globalement le droit s'impose, comme un discours performatif (performant) qui réalise ce qu'il énonce par le fait même qu'il l'énonce, et le cas échéant, par la mise en œuvre de la contrainte publique.

On devine cependant que le droit ne se distinguerait pas de la force nue et de la violence brutale s'il ne soumettait l'exercice de cette contrainte à une régulation soumise au contrôle du tiers. En ce sens, toute l'évolution du droit public doit se comprendre comme un approfondissement constant de la dissociation entre la personne du Prince qui détient le pouvoir et les prérogatives normatives et institutionnelles qui s'attachent à ce pouvoir. L'État de droit, ou le régime de *Rule of law* ne sont pas autre chose que cette imposition du tiers juridique au cœur de l'exercice de la contrainte et des jeux de pouvoir.

Cette deuxième finalité (imposition de la contrainte) est, elle aussi, pour autant qu'elle s'inscrive dans la logique du tiers, susceptible de produire des propriétés émergentes : l'État de droit basé sur la confiance et productrice de sécurité juridique. C'est que la contrainte que le droit mobilise et la pacification qu'il produit ne sont pas le résultat d'une force nue qui s'impose-

dans la fonction de juger », in *Le droit malgré tout. En hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 385 s.

1. Cf. Les travaux de C. Thibierge et de son équipe à cet égard.

rait sans médiation. Dès lors au contraire que son *imperium* emprunte les formes et procédures du droit, en référence à des textes préétablis et des rôles institués, l'exercice de ce pouvoir est, par définition, sujet à limitations et à contrôle ; mieux : il ne s'exerce que dans le cadre de cette habilitation légale, de sorte que les gouvernants, qui ne sont jamais que des *mandataires publics*, demeurent eux-mêmes intégralement soumis au droit. Cela signifie que les ordres comminés par les autorités, ainsi que les éventuelles sanctions qui les accompagnent, ne sont pas des ukases personnels, qui ne vaudraient que pour leurs destinataires individuels (comme tous ceux dont les personnages de Kafka s'imaginent être les victimes, de même que lui-même dans ses rapports à son père¹), mais l'actualisation d'une législation attribuable au tiers juridique, dont les gouvernants sont également les destinataires dès l'instant où ils se trouvent eux-mêmes dans la situation visée par la loi.

Un bénéfice supplémentaire se dégage de cette inflexion tierce de l'autorité : elle laisse entrevoir la possibilité d'une « permutation des positions » (tous peuvent, virtuellement, accéder aux positions de pouvoir) dès lors que cette autorité trouve son origine dans le respect du prescrit légal (le « il » de la tiercéité) et non dans la détention d'une qualité personnelle (condition naturelle ou statut héréditaire). Platon et Rousseau, parmi tant d'autres, ont souligné cet immense avantage du règne des lois. Platon : « dans une cité où la loi règne sur les chefs et où les chefs se font les esclaves des lois, c'est le salut que je vois arriver »² ; Rousseau : « un peuple libre a des chefs et non des maîtres. Il obéit aux lois, mais il n'obéit qu'aux lois, et c'est par la force des lois qu'il n'obéit pas aux hommes »³.

Que devient cette finalité en « temps troublés » ? Dangers et dérives menacent de trois côtés au moins. Quand la guerre se déchaîne (une guerre « sans foi ni loi » du genre de celle que la Fédération de Russie mène en Ukraine depuis février 2022), on assiste à une monopolisation hégémonique de la force : l'agresseur ne s'embarrasse plus du respect du cadre légal sauf quand il y trouve avantage ou qu'il en retire une légitimation apparente (on songe aux pseudo-procès staliniens), toute symétrie (« permutation des positions » en vertu de l'égalité dignité des protagonistes) est désormais bannie, et, bien entendu, la confiance fait place à la peur, au ressentiment, et au désir de vengeance qui lui-même entretient une violence sans fin.

Sur un plan moins dramatique mais plus diffus, je pointe le risque d'estompage de l'idée de pouvoir et de sanction lorsque des normativités concu-

1. F. Kafka, « Un message impérial », in *Œuvres complètes*, t. II, trad. par A. Vialatte, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1980, p. 483 : « l'Empereur – dit-on – t'a envoyé, à toi en particulier, à toi, sujet pitoyable, à toi précisément l'Empereur a envoyé un message » ; ID., *Lettre au père*, trad. par M. Robert, Paris, Gallimard (Folio bilingue), 1995, p. 39 : « ou bien j'obéissais à tes ordres et c'était honteux puisqu'ils n'étaient valables que pour moi, ou bien... ».

2. Platon, *Les lois*, 715c-715d.

3. J.-J. Rousseau, « Huitième lettre écrite de la montagne » (1764), in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », t. 3, 1966, p. 842.

rentes au droit déterminent la gouvernance publique ; je pense notamment aux normes sanitaires ou encore aux impératifs managériaux. Se parant de l'incontestabilité apparente de la nécessité, ces normativités évacuent complètement les enjeux de pouvoir dont elles résultent et dissimulent soigneusement la contrainte qu'elles exercent elles-mêmes. Comment, en effet, discuter ce qui s'impose par nécessité, comme la recherche du plus grand profit ou le respect d'une exigence sanitaire ? Dans ces conditions, c'est l'idée même de contrôle et de limitation « externe » qui s'estompe. Outre que ces normativités sectorielles ne satisfont pas à la première finalité (arbitrage *général* entre valeurs et intérêts en conflit) elles tendent à s'imposer sans satisfaire au caractère *encadré et limité* qui doit caractériser la contrainte qu'évoque la seconde finalité. On en mesure les conséquences en termes de déficit de confiance et de sécurité juridique – les errements de la période « Covid » en ont donné un aperçu.

Enfin, pointe encore une troisième dérive, liée à l'individualisme du Sujet-roi – cette fois le danger est inverse et tient dans la dilution de l'idée même de sanction. Si l'impératif catégorique est la satisfaction des désirs individuels (par nature illimités), on devine que toute idée de sanction soit incomprise et tenue en mauvaise part. À la limite se profile le modèle d'une anti-socialité où chacun serait à lui-même sa propre loi. La lecture attentive des œuvres du Marquis de Sade illustre ce modèle d'une socialité inversée (littéralement : « perverse ») qui, comme on peut s'y attendre, débouche sur une manière de folie et se traduit par une violence aveugle qui finit par se retourner contre le sujet lui-même¹.

J'en arrive, pour terminer, à la troisième finalité, dont je rappelle qu'il faut la comprendre comme dialectiquement liée aux deux précédentes.

... Un équilibre toujours susceptible d'être remis en question (dans les formes légales)

Une troisième finalité complète le dispositif : la possibilité ouverte de toujours remettre en cause, dans les formes et procédures légales cependant, les compromis définis et imposés, si nécessaires, par la contrainte. Je vise ici la « justiciabilité » des normes juridiques, l'aptitude à les soumettre à discussion, en quoi J. Carbonnier voyait, à juste titre, la caractéristique la plus essentielle du droit : « la possibilité d'une mise en question caractérise le mieux la norme juridique, une certaine nature interrogative. Ce qui est le propre du droit, c'est une mise en question organisée, une institution de contestation »². On conviendra que cette propriété essentielle, et peu souvent soulignée, tranche par son originalité dans un monde guetté par la « pensée unique ».

1. F. Ost, *Sade et la loi*, Paris, Odile Jacob, 2005.

2. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972, p. 135.

La faveur dont jouit la dimension « contestatrice » du droit contemporain – une certaine nature interrogative et comme toujours en suspens – doit se comprendre sur fond d'un contexte marqué par trois phénomènes enchevêtrés : une conception de la démocratie basée sur la dignité des individus plus que sur la souveraineté des États, une sérieuse montée en puissance des juges (et la perte corrélative du monopole du législateur dans la détermination de l'intérêt général), et aussi l'importance croissante des instances et juridictions supranationales dans la production du droit – les trois phénomènes se renforçant du reste mutuellement.

Dans ce contexte, c'est particulièrement le développement des droits dits « procéduraux » qui est spectaculaire, ce qui ne manque pas de nourrir et renforcer la nature auto-interrogative du droit contemporain : droit à l'information (accès aux documents, transparence et motivation des décisions...), à la participation, au recours – autant d'outils juridiques propres à notre troisième finalité, autant d'instruments de construction d'un espace public, de plus en plus transnational, au sein duquel se développe un usage public de la raison à partir des droits fondamentaux reconnus aux individus.

Tout se passe, dès lors, comme si le droit ménageait une seconde chance au débat, non plus seulement au niveau de l'adoption de la loi, mais aussi à l'échelle individuelle du dossier. Cette distinction des plans et des fonctions, qui n'a pas toujours été en vigueur et qui ne l'est pas partout (souvent une même assemblée était investie des deux fonctions, législative et exécutive, voire des trois : législative, exécutive et judiciaire), peut être tenue pour un progrès du droit. Comme si le droit, en fonction d'une logique réellement exponentielle, édifiait en permanence des scènes tierces, y compris à l'égard de ses propres institutions ; quelque chose comme une mise en scène constante, une « re-présentation », pour une mise en débat, de sa propre dramaturgie, un dédoublement de ses propres acteurs, comme s'ils étaient toujours tenus de répondre de leurs actions devant un contrôleur supérieur ou plus éloigné.

Dans toutes ces hypothèses, ce qu'il convient de mettre en lumière et d'étudier, c'est l'écart, le jeu de la distanciation, le caractère opératoire et productif que génère cette distance critique que le droit ne cesse de creuser à l'égard de lui-même. Ce qui est ainsi fortement souligné, c'est l'aptitude que manifeste le droit à l'auto-distanciation : une capacité réflexive qui se transforme parfois en procédure critique retournée contre lui-même. N'est-ce pas là le sens profond qui s'attache à l'adage romain que tout juriste devrait sans cesse garder à l'esprit : *summum ius, summa iniuria* – le droit poussé à bout, c'est le comble du tort ? Aussi J. Carbonnier est-il bien inspiré d'écrire que « le droit est une machine à douter »¹. C'est aussi ce qui lui fait écrire que

1. J. Carbonnier, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », in *Droits*, 11/2 « Définir le droit », PUF, 1990, p. 6.

l'exigence d'effectivité – une effectivité intégrale de la réglementation – est « excessive et dangereuse »¹.

En s'inscrivant dans cette perspective, le droit relance, dans un sens possiblement émancipateur, les qualifications convenues et les épreuves de jugement propres aux différentes « cités » (économique, politique, familiale...) qui, si elles se cristallisaient définitivement, enfermeraient les personnes et les situations dans des statuts fixes, des scénarios intangibles et des hiérarchies aliénantes. Boltanski et Thévenot soulignent ce risque inhérent aux épreuves de jugement et aux économies de grandeur qui les accompagnent dans les différentes « cités »². Au regard de ce risque bien réel, il me paraît que le droit, en multipliant les procédures de recours et les mécanismes correcteurs de toutes sortes, en stimulant les controverses doctrinales, en réservant une place aux amendements conventionnels, en laissant toujours ouverte la porte des transformations législatives, multiplie les instruments susceptibles de redistribuer les cartes et de relancer le jeu – un jeu souvent bloqué dans le cadre des « cités » où ils se sont développés. À cet égard me paraissent réductrices et trompeuses les analyses qui ne retiennent du droit que les fonctions de domination ; ainsi, lorsque M. Foucault écrit : « le système de droit et le champ du droit judiciaire sont le véhicule permanent des rapports de domination, de techniques d'assujettissement polymorphes ; le droit, il faut le voir, je crois, non du côté d'une légitimité à fixer, mais du côté des procédures d'assujettissement qu'il met en œuvre »³.

Sans doute, dialectique oblige, les « remises en cause » autorisées par le droit restent-elles relatives, et leur issue n'est jamais garantie ; selon les périodes et les lieux, il est certain que la finalité d'ordre et de contrainte a pu réduire les ouvertures contentieuses et critiques à peu de choses. Mais il est important de comprendre que, dans le régime que nous étudions (l'hypothèse favorable où le droit entend mobiliser ses fonctionnalités au service la justice et de la démocratie), le droit ne se réduit pas à un *rule by law*, un usage instrumental au service du pouvoir ou de la planification en provenance des sous-systèmes qualifiés de « cités » par Boltanski et Thévenot, mais à un *rule of law* qui suppose toujours une distance entre l'utilisateur et l'outil, comme si le droit avait son autonomie et sa logique propre, susceptible de révision indépendamment des volontés de l'agent. Ce qui se laisse ainsi entrevoir, n'est autre chose qu'une certaine indisponibilité, une résistance à l'instrumentalisation de la scène tierce, et du bien commun dont elle est l'espace de construction. Dès lors qu'il permet, au moins dans une certaine mesure,

1. J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1971, p. 102. Un alignement complet du fait sur le droit traduit un régime policier ; à l'inverse, un alignement total du droit sur le fait prive le droit de son rôle transformateur et pédagogique.

2. L. Boltanski et L. Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1995, p. 431-433.

3. M. Foucault, *Il faut défendre la société, Cours au Collège de France, 1975-1976*, Paris, Seuil, 2012, p. 24.

l'exercice de recours à vocation « émancipatoire », le droit peut aussi être envisagé, contrairement à ce que soutenait Foucault, « du côté d'une légitimité à fixer ».

Les formes juridiques qu'emprunte la « remise en cause » sont extrêmement diversifiées : pétitions, débats parlementaires, révisions des traités, renégociation des contrats, recours en justice, contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité, revirements de jurisprudence, controverses doctrinales... Le droit accumule les techniques d'adaptation et correction de ses règles (sans même parler des ressources de l'interprétation, dont Carbonnier disait qu'elle était la forme élémentaire de la désobéissance) : la balance des intérêts, la mise en œuvre de principes généraux, les « accommodements raisonnables » au sens canadien (ménager des exceptions à une règle générale en faveur de certains groupes minoritaires si l'application de cette règle s'avère indirectement discriminatoire à leur égard), la « marge nationale d'appréciation » en droit européen, l'exception d'ordre public en droit international (qui suspend l'application de telle ou telle règle de droit étranger lorsque celle-ci aboutit à un résultat choquant en l'espèce), la théorie de l'abus de droit (qui refuse à un particulier le bénéfice d'un droit subjectif lorsque l'usage concret qu'il en réclame s'avère déraisonnable), les différentes théories jurisprudentielles réalisant une forme d'équité d'espèce (équité dont l'action est réelle, mais l'aveu rarissime)... les exemples sont innombrables.

Au rebours de l'idée qu'on se fait de la rigidité de la dogmatique juridique et de l'inflexibilité associée à la contrainte publique, il faut bien admettre que celles-ci accumulent les mécanismes de remise en question, et même parfois d'auto-neutralisation. Au-delà même des recours juridictionnels classiques et des débats parlementaires, tout se passe comme si le droit, à travers toutes ses branches, multipliait les correctifs, les possibilités d'exception, de dérogation ou d'atténuation de ses solutions, les techniques d'auto-neutralisation de ses options. Comme si, marqué par la réversibilité qu'on sait, il devait pouvoir, à tout moment, réviser sa trajectoire.

Une fois encore, je pose alors la question : que devient cette finalité du doute méthodique et constructif dans le cadre de « temps troublés » ? Il m'apparaît que les menaces pointent de deux côtés opposés, tantôt sous la forme du doute récusé, tantôt, à l'inverse, du doute généralisé et dissolvant.

L'exemple extrême du premier danger se présente lorsque des idéologies « intégristes » (littéralement, des idéologies de la « part entière », du « même » et du « pur » qui ne laissent aucune place à l'autre et, en conséquence, absolutisent les identités et radicalisent les différences) s'imposent comme forme de pensée unique, disqualifiant toute espèce de nuances, décourageant à l'avance toute tentative de règlement des « désaccords raisonnables »¹ – les retours

1. Sur ce concept, emprunté à J. Rawls, cf. P. Ricœur, *Le juste*, Paris, Ed ; Esprit, 1995, p. 220 s. ; S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2005.

brutaux des nationalismes et des fondamentalismes religieux sur la scène internationale en donnent, hélas, des exemples quotidiens. Dans ces cas, plus aucun désaccord n'apparaît « raisonnable » ; tous conduisent alors, dans une logique du « eux ou nous », ou du « avec moi ou contre moi » à leur liquidation pure et simple.

Dans la même veine, mais sous une forme moins exacerbée et dramatique, on peut faire l'hypothèse (à documenter et discuter) selon laquelle aucune des normativités concurrentes au droit (je veux dire concurrentes dans leur prétention à former le cadre de gouvernance général) ne pousse très loin l'exigence d'auto-limitation et d'auto-contrôle dont on a vu la place centrale dans le juridique. Le premier exemple concerne la gouvernance sanitaire qui a prévalu durant les premiers mois de la crise du Covid en 2020. Je note à cet égard les leçons d'un ouvrage sociologique sur la question¹ : aux yeux des auteurs, les principaux dysfonctionnements qui ont marqué le traitement de la crise tiennent à la manière de raisonner des décideurs. Une manière routinière et quantitative, favorisant les savoirs stables et les certitudes. Prévalaient des raisonnements sur le mode du « toutes choses égales par ailleurs » qui, après avoir ainsi beaucoup simplifié les problèmes complexes et évolutifs qui se posaient, aboutissaient à la conclusion qu'« *il n'y a pas d'alternative* ». Et les auteurs de conclure à la nécessité de former les décideurs à la pratique du doute, de la critique, et de la discussion pluraliste.

Second exemple, cette fois relatif à la crise économique mondiale qui a frappé le monde en 2008. Ici encore, des observateurs expérimentés ont pu incriminer le manque de lucidité de décideurs économiques, incapables de se distancier de la vulgate dominante et des dogmes néo-libéraux de l'École de Chicago. La crise était très probable, voire annoncée, mais personne ne voulait la prendre au sérieux, le paradigme dominant n'intégrant pas la possibilité de sa survenue.

Mais les menaces à l'égard de la pratique collective du doute méthodique (qui suppose d'accepter le conflit, pour se nourrir de sa part de contestation pertinente et ensuite le dépasser pacifiquement) ne sont pas moindres sur la rive opposée : celle qu'occupent les Sujets-rois multipliant de façon irresponsable les contentieux dans le souci de défendre leurs droits et prérogatives, en-dehors de tout souci de socialité et de conciliation – l'explosion non-contrôlée du contentieux scolaire en offre un exemple parmi d'autres. Lorsque la juste reconnaissance des droits fondamentaux aux personnes s'exacerbe sous la forme d'une prolifération de droits dont il est fait un usage asocial, cherchant seulement, comme sur le marché, à maximiser son intérêt, une bonne idée se transforme alors en son contraire : l'État de droit se mue en

1. H. Bergeron et alii, *Covid-19 : une crise organisationnelle*, Paris, Presses de Sciences Po, 2020.

un « *tas de droit* » – le mot est de J. Carbonnier – des droits dont la valeur se démonétise par ailleurs, comme dans un processus inflationnel¹.

On notera encore que cette exacerbation de la mise en cause individuelle du droit et des institutions prend des formes cette fois franchement pathologiques dans le cas des pratiques complotistes qui, loin de cultiver le doute constructif dont on a parlé, développent des formes systématiques de soupçon conduisant à la récusation *par principe* de la bonne foi de l'adversaire et au rejet *par principe* de l'impartialité des institutions qui pourraient traiter le différend. Toute tentative juridique de rapprochement des points de vue, dans le but d'*ajuster* (le terme est significatif qui traduit un désir d'approcher la justice) les points de vue respectifs, par essais et erreurs et dialogue coopératif, est alors discrédité à l'avance.

Ici encore, on s'en aperçoit, les chantiers sont nombreux pour une philosophie du droit de « temps troublés ».

Conclusion

En 1625, accompagnant le processus de laïcisation de la société, le philosophe Hugo Grotius posait la question : les principes du droit naturel seraient-ils différents si Dieu n'existait pas – *etsi Deus non daretur* ? – et il répondait par la négative².

En revanche, si on posait, en 2024, la question de savoir si la société serait différente au cas où le droit n'existerait pas ou venait à s'estomper – *etsi ius non daretur* – hypothèse pas nécessairement imaginaire, hélas, je répondrais sans hésiter que nous assisterions à un recul civilisationnel (provisoire ?) majeur, une régression culturelle (réversible ?) considérable. Une philosophie du droit pour « temps troublés », telle que j'en ai présenté certains aspects, devrait le démontrer ; c'est dire la nécessité absolue de compléter la formation technique des futurs juristes par une réflexion approfondie sur le sens de la technique qu'ils seront appelés à mettre en œuvre – le sens, l'incalculable valeur, mais aussi la fragilité.

Une dernière question pour terminer. Il n'aura pas échappé au lecteur que la conception du droit (et de la philosophie qu'il appelle) ici présentée est marquée par un idéalisme certain, au sens où elle prête au droit des attributs et des finalités qui peuvent sembler (bien) éloignées des contingences moins édifiantes du réel.

1. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la cinquième République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 121 ; cf. aussi M. Gauchet, *La religion dans la démocratie*, Paris, Gallimard, 1998, p. 85 s. Pour une discussion de cette question délicate, cf. F. Ost, *A quoi sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 549-555.

2. H. Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. Pradié-Fodéré, Paris, PUF, 2012, *Prolégomènes XI*.

J'assume entièrement cet idéalisme, et je le revendique pour la philosophie du droit, pour autant qu'il soit par ailleurs réflexif et critique ; je m'explique. Premier élément de réponse : l'idéalisme dont il est ici question me paraît en réalité parfaitement accordé à la nature *normative* du registre juridique. Tout comme une valeur *vaut*, une norme *prétend s'imposer* : l'une et l'autre s'inscrivent dans la région ontologique du normatif (le *sollen*, le devoir être) avant que l'on se préoccupe de savoir si cette valeur est reconnue (ou non) ou cette prétention honorée (ou non) dans la région ontologique du factuel (le *sein*, l'être). On comprend alors que l'écart, la transgression, l'ineffectivité (partielle ou totale) de la valeur et de la norme, loin d'être une anomalie, sont une nécessité ontologique. On peut souhaiter bien entendu que la valeur soit pleinement honorée et le droit pleinement respecté, mais on ne peut tirer argument de leur écart avec les constats factuels pour disqualifier *par principe* une norme ou une valeur, et ainsi en rabattre sur l'idéal normatif pour l'aligner sur les faits constatés.

Second élément de réponse : un tel idéalisme – accordé à la normativité de son objet – doit cependant, sous peine de décrocher des contingences du monde et de se complaire dans le ciel des idées, se montrer réflexif et critique. Réflexif au sens où il doit être parfaitement conscient, comme je viens de le souligner, que les principes dont il se réclame constituent l'*horizon* de la marche et non le sol qu'elle foule à l'instant (conscient donc que cet idéal s'inscrit dans le registre du prescriptif et non du descriptif) – ce qui devrait le préserver de toute arrogance dogmatique. Critique ensuite, au sens où il ne doit jamais cesser de s'enquérir des réalités du terrain auquel il prétend s'appliquer. Ainsi, même si je n'en ai pas parlé ici, l'étude des *finalités* du droit ne dispense en aucune façon du suivi de ses *usages*, qui peuvent s'en écarter considérablement. De même si je privilégie, au terme d'un choix réflexif, les finalités extrinsèques de dignité humaine et de démocratie, je n'ai pas caché que d'autres ont fait ou feront le choix de finalités moins recommandables. Ainsi donc, on l'aura compris, l'esprit critique ne doit jamais désarmer ; mon argument, qui consiste à assumer pour la philosophie du droit un idéalisme critique consiste seulement à rappeler que la critique menée au nom du réalisme factuel (dénoncer l'écart entre faits et idéaux) n'aurait même plus de références auxquelles se raccrocher si nous en venions à déconsidérer l'idéal au motif qu'il est souvent éloigné de la réalité.

Enfin, j'ajoute encore que cet idéalisme juridique s'accompagne d'une forme de modestie qui devrait nous garder de tout *panjuridisme*. Si le droit joue le rôle et présente la valeur *spécifique* qu'on a tenté d'éclairer, il ne faut jamais perdre de vue qu'il s'inscrit dans un contexte culturel et des rapports de force qui le déterminent largement. Les combats pour le droit, sont donc d'abord des combats pour les valeurs qui eux-mêmes se développent dans des contextes sociaux le plus souvent conflictuels. C'est « entre amour et violence » que le tiers juridique se fait entendre – dans un rôle de médiateur à la fois modeste et irremplaçable.

Petit éloge de la philosophie du droit

Paulo Ferreira da Cunha

Juge à la Cour Suprême de Justice du Portugal et
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de
Porto, en congé pour l'exercice de la magistrature

I - Pourquoi la Philosophie du droit ?

L'une des critiques les plus courantes à l'égard de la philosophie en général, et par conséquent contre la philosophie du droit, est qu'elle serait confinée dans une tour d'ivoire, sans aucun lien avec le monde concret. On ne la considère que comme de simples spéculations stériles, voire nuisibles à l'action, à la pratique et à la vie quotidienne, ainsi qu'aux affaires. En tant qu'études, elles ne feraient qu'éloigner et distraire les étudiants (et les chercheurs) des questions véritablement utiles, au profit d'un vain verbalisme ou de conceptualismes.

Il est indéniable que certaines philosophies et philosophes, en général (tant les purs que ceux de la philosophie « appliquée »), ainsi que quelques philosophes du droit, peuvent, dans une certaine mesure, correspondre à ce portrait dressé par les critiques. Cependant, il est essentiel de faire une distinction : si la philosophie en général peut légitimement se permettre une abstraction profonde (elle n'est pas un savoir dit « appliqué »), il en va autrement pour la philosophie du droit. Cette dernière ne peut pas naviguer uniquement dans le « ciel des concepts », car elle doit entretenir un dialogue nécessaire avec son *quid*, le droit. Étant donné que *ubi ius ibi societas*, il est impératif de commencer par comprendre le droit dans le contexte de la société dans laquelle il vit. Or, en un mot, notre société est matérialiste.

Guizot avait recommandé aux gens de s'enrichir : « enrichissez-vous ! », voilà le grand slogan pour une existence matérialiste. Son appel a été largement entendu dans notre société et le droit et sa philosophie ne sont pas immunisés contre les conséquences respectives.

Avec la prétendue « fin des idéologies »¹ et l'essor du virus néolibéral, les « lendemains qui chantent », sur leurs multiples tons, ont été progressivement

1. Sur la question idéologique, cf. D. Bell, *The end of ideology*, Cambridge, Mass., Harvard Univ., 1988 ; A. Hunt, « The Ideology of Law: advances and problems in recent applications of the concept of ideology to the analysis of law », in *Law & Society*, vol. 19, n° 1, 1985, p. 11 s. ; E. Castelli, *Demitizzazione e ideologia*, Rome, Istituto di Studi Filosofici, 1973 ; Ralf Dreier, *Recht-Moral-Ideologie (Studien zur Rechts-theorie)*, Frankfurt am Main, 1981 ; G.S. Jones – R. Samuel (éd.), *Culture, Ideology and Politics*, Londres, Routledge and