

UN ENSEIGNEMENT PHILOSOPHIQUE POUR LES JURISTES?

Rémy LIBCHABER

Université de Paris-I, Panthéon-Sorbonne

Abstract: *Should students in law faculties receive a philosophical training during their studies? The present paper shows, on the one hand, that it is not sure that such a teaching would prove useful for the legal skills of the students, which are of paramount importance. But on the other hand, the actual domination of positivism has favored a situation where lawyers are no longer able to comment on legal evolutions. This inability is not acceptable, and argues in favor of a philosophical perspective which would enhance their ability to determine what is validly invoked in a legal discussion, and what is not. Positivism has dried out our capacities to discuss law in terms of values: this evolution has gone so far that, even if lawyers felt it was time for a strong reaction, they would not be able to find useful ways to do so. Philosophy can help us in that respect, and it is time we move on to escape a lethal legal conception, which has sterilized all possibilities of meditation.*

1. Peut-on concevoir un enseignement de philosophie politique et morale qui serait destiné aux étudiants en droit? C'est assurément un grand plaisir, en soi, que de pouvoir examiner sérieusement une telle question. Car elle montre qu'il est enfin permis de questionner le contenu des enseignements et des méthodes des Facultés de droit – ce qui est nouveau¹, et d'une nouveauté exaltante. Notre présent consiste en un ressassement de méthodes épuisées, inchangées depuis la fin des années soixante. C'est à coup sûr une bonne nouvelle que de voir la question de la teneur de l'enseignement revenir au premier plan, même s'il n'est pas sûr que les instances régulatrices soient au diapason d'un semblable projet.

Encore faut-il reconnaître que la tâche réformatrice est redoutable. L'enseignement que délivrent nos Facultés est consacré à la technique du droit, à laquelle nous formons exclusivement les étudiants. En contrepartie, depuis quelques années, la dimension proprement philosophique de la matière échoue à trouver sa place. Des éléments spéculatifs interviennent de façon dispersée dans les cours d'*Introduction au droit* ou plus sérieusement à l'occasion d'une possible rencontre avec la *théorie du droit* – mais toujours à une époque de leurs études où les étudiants sont encore peu réceptifs. L'insuffisance de leur maîtrise technique ne leur permet pas de faire du *droit* un objet de réflexion, en soi. Plus tard, à la fin des deux premiers cycles d'enseignement, l'excès de formation technique les empêche d'aborder les aspects spéculatifs d'une matière enfin domestiquée, alors

¹ V. tout de même: Chr. Jamin, *La cuisine du droit*, Lextenso 2012.

que ce serait sans doute un bien meilleur moment, au sens où les esprits seraient enfin préparés à le recevoir.

Cet état de fait est si bien installé qu'il semble difficile d'envisager une transformation de nos habitudes. Voilà pourquoi la question mise à l'ordre du jour de la présente rencontre suscite un scepticisme profond, qui n'est pas insurmontable pour autant².

2. Sitôt que l'on tente d'affronter avec sérieux la question de la place de la philosophie dans l'enseignement des juristes, on butte sur une difficulté que Philippe Rémy avait évoquée il y a une trentaine d'années, mais dont l'actualité ne s'est pas démentie³.

Dans une perspective idéale, il serait souhaitable que la formation des juristes leur donne une pleine conscience de tous les enjeux de la régulation juridique, qui vont naturellement bien au-delà de la seule maîtrise technique. Pour ce faire, quoi de mieux que de les introduire aux conceptions que des philosophies successives se sont faites de la matière juridique. Le droit étant aussi une science sociale, on ne peut qu'encourager une formation qui le questionne de l'extérieur, en cherchant à lui conférer une assise qu'il ne parvient pas à trouver de l'intérieur, par les seules ressources de la technique.

Mais aussitôt que l'on a proposé cette réponse de bon sens, l'interpellation de Philippe Rémy vient nous paralyser. Évoquant l'intérêt de la philosophie pour les juristes, il avait émis des doutes sur le profit qui pourrait en résulter :

« on peut ainsi, assez paisiblement, se retrouver technicien de la philosophie et technicien du droit. J'ignore si la superposition de ces savoirs ou de ces savoir-faire fait de notre civiliste un bon philosophe ; mais il me paraît clair qu'elle ne fera pas de lui un meilleur juriste »⁴.

Ce qui lui paraissait clair il y a trente ans, pour un civiliste, semble devoir être étendu à l'ensemble des juristes. Rien ne permet d'anticiper un profit général d'une étude de la philosophie par les juristes ; en sens inverse, il y a même quelques raisons d'escompter un faible rendement de cet enseignement dans nos Facultés. Un juriste professionnel est d'abord un artisan qui maîtrise au mieux

² À toutes fins utiles, il importe de préciser de façon liminaire que l'auteur de ces lignes est un juriste de droit privé, et plus précisément encore un spécialiste de droit civil. La notation est importante, car il est probable que la prise en compte d'un enseignement philosophique se révèle plus ou moins ardue selon les matières dont on a la pratique. Ainsi, l'affinité native entre la philosophie politique et la théorie constitutionnelle ou le droit international suggère qu'un apport philosophique y trouverait plus facilement sa place que dans l'évocation du bornage et de la mitoyenneté.

³ Ph. Rémy, « Philosophie de l'ordre civil positif », in G. Planty-Bonjour et R. Legeais (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, puf 1991, p. 145.

⁴ Rémy, *op. cit.*, n° 3, p. 147.

son outil, c'est-à-dire l'ensemble des règles de droit qu'il lui incombe d'utiliser au quotidien, qu'il doit donc savoir agencer de façon optimale⁵. Or cette habileté dans le maniement de la règle de droit n'a rien à voir avec la capacité à porter un jugement de valeur sur ces normes ou sur leur évolution⁶. Un juriste sortant de nos Facultés est immergé dans la pratique du droit, et il importe bien peu à sa qualité professionnelle qu'il soit capable de faire la théorie de sa pratique.

3. Poser la question de l'intérêt de l'enseignement de la philosophie pour les juristes, c'est aussitôt se trouver pris en tenaille entre deux positions également recevables *a priori*.

D'un point de vue général, il est sans doute bon que les étudiants en droit reçoivent une formation culturelle, qui leur permette de réfléchir avec davantage de profondeur aux questions juridiques qu'ils étudient. On ne voit pas pourquoi on les priverait des ressources d'une culture qui commence de s'acquérir à l'âge des études, surtout que cette culture ne peut qu'améliorer l'enseignement technique par les respirations qu'elle procure. Mais en adoptant un point de vue pratique – cette pratique que l'on ne saurait négliger car elle est la finalité même de l'activité des juristes –, rien ne dit que cela améliore d'une quelconque façon leur aptitude professionnelle à manipuler des règles de droit, ce qui constitue la visée immédiate de l'enseignement. Dès lors, comment faut-il envisager la question pour sortir de cette alternative peu glorieuse ?

En prenant quelques risques, on peut entreprendre une démarche qui cède peut-être trop au goût de la controverse. On montrera que si l'exercice de la philosophie est inutile à l'activité juridique, pour l'essentiel (I), il ne l'est certainement pas à la réflexion du juriste (II). Ce qui obligera pour finir à lui chercher une plus juste place dans les études de droit (III).

⁵ Que la matière première du juriste soit la règle de droit, c'est une évidence qu'on ne doit pas se lasser de rappeler. Il est d'ailleurs toujours utile de se demander avec quoi travaille tel ou tel professionnel, pour éviter les méprises. Comment ne pas songer à Degas qui s'ouvrait à Mallarmé de son incapacité à écrire des poèmes, alors même qu'il prétendait disposer à suffisance de toutes les idées qui devraient le lui permettre. Ce qui lui attira cette réponse foudroyante, qui n'est étonnante que par sa qualité d'évidence : « Mais Degas, ce n'est pas avec des idées qu'on fait des vers... C'est avec des mots » (cité par P. Valéry, *Degas Danse dessin, Œuvres* t. II, Gallimard, Pléiade, p. 1208).

⁶ La capacité à porter une appréciation sur la règle est une qualité utile dans une perspective politique, pour influencer sur le droit, mais inutile au juriste pris en cette seule qualité. Quoi qu'il pense d'une règle, il lui faudra bien la mettre en œuvre quand il se trouvera dans son domaine d'application – sauf si, par sa fonction, il se révèle disposer du pouvoir exorbitant de choisir les règles qu'il doit appliquer. En général, le juriste n'a pas un tel choix des normes auxquelles il se trouve confronté : qu'il les applique en se pinçant le nez ou en appréciant les valeurs dont elles lui semblent porteuses, cela n'importe aucunement aux devoirs de sa fonction.

I. L'incertaine utilité de la philosophie pour les juristes

4. Dans le cadre d'une démarche dialectique, on peut commencer par présenter les avantages du *statu quo*: la solution la plus facile est certainement d'en rester à ce que nous faisons actuellement, c'est-à-dire à ne pas chercher à enseigner la philosophie aux juristes.

Nos Facultés proposent un enseignement technique, centré sur la description des normes et de leur fonctionnement. Ce qui n'est d'ailleurs pas une entreprise ridicule si l'on en juge par la masse à enseigner: le corpus de référence à tellement crû dans les dernières années que l'enseignement du droit confronte les étudiants à une diversité de règles qui n'a rien à voir avec ce qu'ils devaient acquérir dans le passé. La tâche est d'autant plus ardue que ces règles multipliées procèdent d'ordres juridiques devenus divers – national, communautaire, européen, international –, qui sont porteurs de logiques de fonctionnement bien différentes. On a déjà tant de mal à former les étudiants à ces exigeantes techniques en expansion que l'on ne voit pas comment, dans le même temps, on pourrait ouvrir l'enseignement à d'autres approches du droit qui relèvent de la spéculation.

Évitons les méprises à cet égard. Il importe peu que le corps enseignant ait fait le choix de cet enseignement technique alourdi, ou qu'il lui ait été imposé par des autorités de tutelle soucieuses de professionnalisation. Le fait est là: nous sommes collectivement pris, étudiants et enseignants, dans un enseignement à très haute teneur technique, qui doit déboucher rapidement sur des compétences socialement utiles. C'est ainsi qu'au lieu d'une formation générale à la pensée juridique, voire à sa culture⁷, nos Facultés dispensent un enseignement approfondi qui poursuit la description normative en suivant toutes les ramifications du droit, fussent-elles les plus récentes. Dans cet environnement surchargé, on ne voit pas bien comment on pourrait trouver le temps et les moyens de faire accéder nos étudiants à une réflexion non technique, quelque désir que nous éprouvions à cet égard.

À moins de rompre avec la façon de faire actuelle, en considérant que nous ne devons plus former des techniciens mais des juristes de plein exercice, aptes à se spécialiser plus tard au cours de leur vie professionnelle, selon leurs goûts, leurs aptitudes et les possibilités qu'ils rencontreront. Ne nous leurrions pas: à court terme, cette transformation est inimaginable, même si à titre personnel, on n'hésiterait pas un seul instant à parier sur la valeur et les bénéfices d'une formation fondamentale, plutôt qu'exclusivement technique.

⁷ Si l'on veut bien admettre l'existence d'une approche culturelle, dont des auteurs ont récemment montré la nouveauté, sans pour autant en contester la réalité: Fr. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIX^e-XX^e siècles*, CNRS Editions 2013.

5. Ce *statu quo* dans l'enseignement est d'autant plus confortable que, si l'on voulait étendre les perspectives de la formation dispensée, on ne saurait guère dans quelles directions il faudrait réaliser cet élargissement.

Idéalement, la formation des juristes devrait leur donner une pleine conscience de tous les enjeux du droit. À ce compte, la limitation à l'enseignement de la philosophie se révélerait réductrice : ne devrait-on pas plutôt accueillir toutes les disciplines abusivement dites *auxiliaires*, qui ne peuvent qu'enrichir les perceptions des juristes ? Dans ce cadre ambitieux, l'enseignement de la philosophie trouverait sa place aux côtés de disciplines variées. Celles que l'on pratique déjà, quoique de façon insuffisante : l'histoire du droit par tradition, le droit comparé par volonté internationaliste. Au-delà, il faudrait ouvrir l'enseignement à la philosophie, mais aussi bien à la sociologie, à l'anthropologie, à la psychologie, à l'économie, entre autres disciplines évidemment enrichissantes. On le voit, poser la question de la *philosophie*, c'est se trouver aussitôt débordé par tous ces enseignements possibles, porteurs d'informations et d'exigences propres.

De façon pragmatique, il ne suffit pas de demander quelles matières il faudrait enseigner : il convient aussi de s'interroger sur ceux qui en auraient la charge. La formation et la compétence actuelle des enseignants en droit ne les prédisposent pas, dans leur ensemble, à pouvoir présenter les enjeux culturels de matières dont ils ont une maîtrise surtout technique. Il faudrait donc confier ces enseignements à des spécialistes de ces disciplines variées, sans que l'on soit bien certain que cela doive déboucher sur des résultats satisfaisants. D'abord, parce que ces enseignants refuseraient à juste titre de se concevoir comme des auxiliaires. Leur tendance naturelle sera de proposer un enseignement fondamental de leur discipline, qui commencerait par éveiller les étudiants à leurs exigences propres ; à l'évidence, elles ne sont pas celles des juristes. Surtout, ce serait un enseignement possiblement décevant pour nos étudiants, en ce qu'il les entraînerait trop à l'écart des problèmes juridiques qu'ils commencent de pratiquer, que ces spécialistes connaissent souvent de trop loin pour pouvoir les appréhender sous le prisme de leur discipline.

La question de l'élargissement de l'enseignement est donc hérissée de difficultés. Ce qui est souhaitable n'est pas forcément possible compte tenu des contraintes actuelles : rareté du temps disponible ; poids des nécessités techniques ; exigences propres aux matières dites *auxiliaires* ; difficulté à trouver des enseignants capables d'introduire les matières nouvelles d'une façon utile aux juristes. Et du reste, pourquoi ne pas commencer par le point de départ : cette extension de l'enseignement serait-elle perçue comme souhaitable par le corps des juristes ? Est-on sûr que dans leur ensemble, ils seraient prêts à s'ouvrir à ses dimensions non techniques dans toute leur richesse ?

6. Poser cette question, ce n'est pas mettre en doute l'appétit culturel des juristes ; bien plutôt, il s'agit d'interroger la conception du droit que nos Facultés ont en partage, qui est évidemment celle que nous transmettons à nos étudiants.

Il faut le reconnaître : nous baignons dans un environnement juridique ultra-positiviste qui nous a fait perdre tout lien avec les raisons d'être de la règle pour nous concentrer sur son seul fonctionnement. Dans notre vision du droit, la seule critique que nous puissions adresser à une norme tourne autour de son édicition. En revanche, son contenu importe si peu que nous sommes réticents à l'analyser dans sa substance même, dès lors que son efficacité technique paraît acquise. Quitte à caricaturer à bon compte, on dirait volontiers qu'une fois que l'enseignant a décrit le fonctionnement de la norme, il se considère comme dégagé de ses obligations professionnelles : l'idée ne lui vient guère de s'interroger sur les raisons pour lesquelles le droit français a formé ainsi telle institution, et non pas autrement⁸.

Avec l'installation progressive d'un mode de pensée pyramidal, la seule chose qui nous importe vraiment est de savoir si la norme est issue d'un processus d'élaboration satisfaisant. Il ne s'agit plus de faire allusion aux procédures internes, qui sont stabilisées à quelques détails près : de toute façon, ce cadre d'analyse nous paraît désormais périmé ; trop étroit en tout cas. On s'intéressera surtout aux normes surplombantes qui pèsent sur les dispositions que nous pratiquons ou que nous adoptons. En amont, ce sera la conformité de la norme aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ; son adéquation avec les règles communautaires, peut-être un peu moins à l'honneur depuis quelques temps. En aval, on se préoccupera de l'avis du Conseil constitutionnel, qu'il soit recueilli après le vote de la loi ou à la suite de la soumission d'une question prioritaire de constitutionnalité. L'incroyable positivisme ambiant exige que nous nous intéressions seulement à la façon dont la norme est posée puis interprétée : il faut déterminer si elle est en accord avec les principes fondamentaux qui la surplombent, et cela nous tient quittes de tout autre questionnement⁹.

⁸ À ceux qui critiqueraient ces observations pour leur excessive généralité, on répondra qu'elles s'alimentent à la lecture des manuels qui présentent un reflet très objectif de ce que l'on peut appeler l'enseignement actuel du droit. À notre époque d'édition large, ils permettent de jauger les exigences relatives au contenu moyen de ce qui doit être présenté aux étudiants, ne serait-ce que parce qu'ils sont un objet de référence, que ce soit pour les enseignants ou les étudiants. De ce point de vue, la course actuelle à la diminution du volume et du contenu des manuels, qui ne se présentent pas pour autant comme des aide-mémoires, ne laisse pas trop d'espoirs à la possibilité d'un enseignement culturel.

⁹ C'est d'ailleurs ce qui explique l'évolution actuelle de cette curieuse matière de synthèse qu'est l'Introduction au droit. Après avoir été le vide-poche du droit civil, au sens où elle devait présenter toutes les questions qui ne seraient plus abordées dans le cours de la formation, elle est devenue plus culturelle avec la deuxième partie du xx^e siècle, prenant pour la première fois au sérieux sa vocation introductive. L'évolution des manuels montre que cette perspective fondamentaliste est

Ces constats désabusés, excessifs sans doute, conduisent à une question essentielle, qui concerne l'ensemble des enseignants et non les *happy few* qui ont un certain goût pour la dimension culturelle du droit : sommes-nous satisfaits de ces limites ?

7. Pour éviter un excès de brutalité, il importe de reconnaître que le positivisme en usage s'attache bien moins aux conceptions de Kelsen qu'il ne s'explique par le développement historique du champ juridique, par une spécialisation qui n'a pas laissé sa chance à l'enseignement. Avec la montée en puissance d'une édicition étatique ou jurisprudentielle de la norme, les juristes ont progressivement cessé de participer à la création du droit – ce qui fut pourtant longtemps un de leurs apanages. À partir de la fin de l'Ancien Régime, ils ont admis que la formation de la règle ne les concernait plus, mais seulement la description de son fonctionnement.

Dès lors, le positivisme qui s'est peu à peu installé doit être perçu bien moins comme une attitude idéologique qui acquerra peu à peu sa théorie, que comme une nécessité dictée par la dynamique des institutions. À chacun ses prérogatives : les professionnels de la politique font la loi ; les magistrats de terrain tranchent les litiges ; les hauts magistrats conçoivent la jurisprudence ; dans leur ensemble, les juristes assurent le fonctionnement régulier des règles de droit. Quant à l'enseignement, le seul objet qui lui revienne légitimement consiste dans la description minutieuse des règles. Reste l'essentiel : dans leur for intérieur, les juristes actuels ne se satisfont-ils pas de cette coupure radicale entre les règles de droit et le terreau dans lequel elles s'inscrivent ? Après tout, elle garantit leur solitude en leur permettant de régner en maîtres dans un domaine technique dont ils sont les spécialistes exclusifs, puisque personne ne peut leur contester leur maîtrise. Au lieu que s'ils ouvraient leur réflexion sur le droit à d'autres disciplines, ils prendraient le risque d'une immense perte de maîtrise sur leur pré-carré.

Il est très frappant qu'aux USA, où les études culturelles ont été poussées très loin dans leur champ juridique, notamment avec les *Critical Legal Studies*, celui-ci s'est trouvé envahi par des savants d'horizons variés qui sont venus demander des comptes au droit. Un universitaire américain écrivait récemment que les revues juridiques ressemblaient désormais à la *Leçon d'anatomie* de Rembrandt, en ce que toutes les sciences humaines venaient se pencher sur un droit qui se trouvait comme mis à la découpe. Avec l'extension des études culturelles, on peut redouter que le droit soit envahi par les préoccupations d'autres disciplines, sans que ces dernières ne reconnaissent en retour la légitimité des juristes à s'intéresser à leurs pratiques. À titre d'exemple, on peut observer que les développements de l'*analyse économique du droit* n'ont jamais débouché sur une *analyse juridique de l'économie*, qui pourrait avoir sa

en train de passer au second plan, au bénéfice principal des seules questions relatives aux sources du droit, au sens ordinaire du terme.

pertinence¹⁰. L'utilité des regards croisés ne devrait-elle pas conduire à généraliser les partages, plutôt qu'à subjuguer telle ou telle discipline?

Il reste que les enseignants en droit ont quelques raisons d'être réfractaires à une ouverture qui les ferait échapper à la pure considération technique. Bien sûr, on peut parier que cette extension apporterait des vues neuves sur le droit, qui stimuleraient la réflexion dans des directions inattendues. Mais il est à craindre qu'elle ne fasse entrer le loup dans la bergerie, en dépouillant les juristes de ce qui leur reste de maîtrise disciplinaire.

II. L'utilité de la philosophie à la réflexion des juristes

8. Les enseignants en droit seront possiblement réfractaires à l'idée d'ouvrir leur matière à ses dimensions non techniques, et ils auront peut-être de bonnes raisons de se défier d'une ouverture qui les dépossède. Il convient toutefois de dévoiler la face d'ombre de cette attitude.

Pour marquer les esprits, on pourrait affirmer avec audace que le primat du technicisme a imposé cette idée que *le droit ne pense pas*, au sens fort du terme. Il se complaît dans une sorte d'ingénierie sociale, où les juristes sont les spécialistes de la mise en forme des normes et de la résolution des conflits – un point c'est tout! Du coup, ils subissent une perte de statut intellectuel, au sens où ils participent de moins en moins au débat public, qu'il soit savant ou médiatique. Quand ils y interviennent à l'occasion d'un problème de société, de façon exceptionnelle, ils se bornent souvent à présenter un état des lieux de la réglementation, laissant à d'autres le soin d'en tirer des réflexions plus générales qui pourraient intéresser la société. Informer sans influencer, tel est le bilan d'une attitude de fermeture intellectuelle progressivement acquise.

C'est précisément cette limitation à pouvoir parler du droit au présent, à penser son adéquation et ses possibles évolutions, à critiquer ses difficultés et ses innovations, qui doit nous paraître inacceptable au point de justifier un renouvellement de nos pratiques¹¹.

¹⁰ On objectera peut-être qu'une analyse juridique de l'économie n'a jamais démontré sa fécondité. On répondra que celle de l'analyse économique du droit n'a jamais dépassé les affirmations péremptoires, ce qui ne l'empêche pas d'être très couramment pratiquée même dans les pays où les magistrats ne faisant pas la loi, ils n'ont pas besoin d'anticiper les conséquences de leurs décisions. La diffusion de l'analyse économique du droit s'explique bien moins par ses apports que par le fait que l'activité économique est aujourd'hui dominante dans le champ culturel. Il importe de rappeler cette évidence pour ne pas être dupe des prétentions à la transversalité, qui émanent souvent de disciplines qui se sentent en position de force.

¹¹ Dans une perspective très conceptuelle, v. Fr. Colonna d'Istria, « Le droit et l'indicible: les juristes réduits au silence », *Les cahiers de droit*, vol. 56 n^{os} 3-4, septembre-décembre 2015, p. 287.

9. À cet égard, il importe d'évoquer un épisode récent qui a mis en lumière la difficulté des juristes à intervenir dans le débat public – événement si curieux que nul n'a osé l'interroger avec l'attention qu'il méritait. À l'occasion du débat sur l'extension du mariage aux couples de même sexe, un groupe de 170 enseignants des Facultés de droit avait rédigé une pétition par laquelle il demandait au Parlement de ne pas consacrer ce mariage à raison des conséquences néfastes auxquelles il aboutirait. Cette pétition a fait l'objet d'une réponse de quatre universitaires, qui n'ont d'ailleurs pas souhaité défendre le projet de loi dans sa teneur. Plus radicalement, la riposte était intitulée « Juristes, taisons-nous! », car elle enjoignait aux signataires de ne pas s'exprimer sur la réforme, du moins en leur qualité professionnelle d'enseignants en droit¹². Selon les auteurs, le fait d'enseigner le droit en général, et peut-être même les règles relatives à la famille, ne prédisposait en aucune manière à pouvoir dire quoi que ce soit de pertinent concernant les perspectives d'évolution du mariage.

Cette riposte en forme de contre-pétition a pu choquer pour diverses raisons. Évidemment, à cause d'une injonction au silence qui est difficile à admettre, surtout dans un monde universitaire où le débat est censé régner – même s'il prend place devant l'opinion publique. Au-delà, parce que cette contre-pétition avait un but qui ne trompait guère: elle ne visait pas le moins du monde à défendre et illustrer le positivisme, voire à le sanctuariser; bien plutôt, il s'agissait d'intimider les signataires pour mieux appuyer l'extension du mariage, en raison de choix personnels. Contre lesquels il n'y avait d'ailleurs rien à objecter, sinon qu'il est peu honnête de s'abriter derrière un positivisme de principe pour faire passer en contrebande des positions personnelles sans chercher à les justifier – les arguments utilisés auraient d'ailleurs aussitôt encouru la même critique que celle qu'ils adressaient aux signataires. On pouvait enfin reprocher à cette contre-pétition de mutiler la capacité d'intervention des juristes: imagine-t-on un même devoir de silence adressé à des philosophes, des économistes, des sociologues, des psychanalystes, des ethnologues – toutes corporations qui ne perdent pas une occasion d'évoquer des questions d'actualité, même quand elles ne sont pas liées à leurs intérêts essentiels¹³? Pourquoi les juristes seraient-ils les seuls à

¹² P. Brunet, V. Champeil-Desplats, S. Hennette-Vauchez et E. Millard, « Mariage pour tous: juristes, taisons-nous! », *Raison-publique.fr*, en date du mercredi 20 mars 2013. Le texte a ensuite été repris dans une revue destinée à l'ensemble du corps enseignant, mais sous un titre lénitif: « Mariage pour tous: les juristes peuvent-ils parler "au nom du droit"? », *D.* 2013.784.

¹³ Les auteurs de la réponse se sont prévalu d'un semblable règlement de comptes entre psychanalystes, qui leur aurait fourni une manière de modèle en leur montrant que l'autoritarisme et la censure étaient décidément à la mode. Il reste que cette réaction est exceptionnelle, et que l'effet d'intimidation était bien moins fort dans un milieu qui a l'habitude d'intervenir dans tous les problèmes sociaux, ne serait-ce que pour en dévoiler la face d'ombre. L'intervention des juristes étant ordinairement négligeable dans le débat public, l'effet de censure était bien plus redoutable.

ne rien pouvoir dire des évolutions en cours, surtout quand elles concernent les domaines dont ils ont une connaissance professionnelle?

Cette réaction à la pétition était assurément désagréable, pour ne pas dire plus, comme l'est toute intimation au silence. Mais était-elle mal-fondée, dans son principe même?

10. Sans approuver en aucune façon l'autoritarisme dont elle procédait, on peut se demander si elle ne jouait pas en quelque manière le rôle de l'enfant du conte d'Andersen, *Les habits neufs de l'empereur*. On sait qu'il vient rappeler le caractère stupéfiant de l'évidence, que nul pourtant ne parvenait ou ne consentait à voir: le roi est nu, et les enseignants en droit n'ont rien à dire d'intéressant sur le mariage, qu'ils soient pour ou contre la réforme!

Si nous ouvrons un manuel actuel de droit de la famille, le contenu de l'enseignement dépasse-t-il l'exposé des règles concernant le mariage? Au-delà d'une introduction à vague vocation culturelle, c'est-à-dire souvent historique, quel enseignement cherche vraiment à en identifier un contenu essentiel ou à élucider les fonctions sociales du mariage par-delà des règles qui le régissent? Depuis les manuels de Jean Carbonnier qui datent du milieu du siècle dernier¹⁴, on ne se soucie plus guère de proposer des arrière-plans culturels à des questions qui seraient traitées sous l'angle technique. Cela devrait tout de même nous étonner: l'éminent auteur avait innové par une approche de l'enseignement qui inscrivait le droit dans des préoccupations culturelles diverses, avec une orientation plus proche des sciences humaines que de la philosophie. Or cet exemple ne s'est pas maintenu: après avoir quelque peu influencé les auteurs de la collection, les ouvertures sur la culture juridique ont déperlé. Ce qui nous renseigne tout de même sur la force et l'acceptation de la vision positiviste du droit, comme sur le désintérêt des auteurs pour les apports à la matière venus d'autres disciplines.

11. Les raisons de l'insistance sur cet épisode troublant du *mariage pour tous* tiennent au fond sur lequel s'inscrivent les interventions en cause. Ni la pétition, ni la réaction qu'elle a suscitée, ne cherchaient à articuler un point de vue substantiel sur l'évolution du mariage, qui aurait permis d'informer le débat public de la portée des transformations envisagées. Bien sûr, on aurait dû admettre que toute personne qui critiquerait ou prônerait l'extension du mariage le ferait à partir d'une idéologie placée en surplomb du droit positif. Ce qui n'aurait été que la reprise d'une attitude jus-naturaliste, qui a été au cœur de la philosophie du droit pendant des siècles. Mais cette conception du droit a été écartée des perceptions juridiques admises comme légitimes. Le jus-naturalisme est aujourd'hui dénoncé comme une sorte de péché de jeunesse du droit dont nous serions enfin débarrassés – sauf quand il se

¹⁴ On ne peut faire mieux que signaler qu'ils demeurent accessibles: J. Carbonnier, *Droit civil*, reprint, puf Quadrige 2017.

vêt des habits des droits de l'homme, auquel cas notre époque ne l'identifie d'ailleurs pas comme un renouveau du jus-naturalisme. Au reste, la pétition critiquée ne se présentait pas sous le couvert d'une position idéologique qui serait influencée par l'idée de nature, celle du mariage ou de l'homme comme animal sexué¹⁵ : elle s'efforçait de critiquer le projet à raison des dérives sur lesquelles il était supposé déboucher, sans dire en quoi la transformation du mariage contrariait la fonction que les opposants à la réforme pensaient devoir lui assigner.

Si l'on tente de faire le bilan des sentiments que l'on éprouve, c'est pour être abasourdi. Des années de positivisme ont abouti à ce que les juristes ne soient plus capables de dire quelque chose de fort à propos d'une extension du mariage, quelque chose qui dépasse les appréciations personnelles pour penser l'évolution. Pourtant, il était évident qu'il y avait des choses à dire sur cette question, que ce soit *pro* ou *contra*, et des choses qui auraient pu éclairer le débat autrement que par la menace d'une pluie de grenouilles à laquelle nul ne croyait. Mais une telle prise de parole était difficile pour trois raisons. Matériellement, parce que le choix de la voie pétitionnaire n'était pas propice à l'expression d'idées un tant soit peu construites¹⁶. Mais par ailleurs, bien peu de juristes ont cherché à articuler un discours qui permette de dépasser les réactions immédiates. Psychologiquement, parce que nous avons intériorisé le refus de porter des appréciations subjectives sur la règle de droit, de sorte que nous ne nous y autorisons plus guère – et surtout pas en public, comme s'il s'agissait là d'une sorte de grossièreté¹⁷. Enfin culturellement, parce que les références qui nous permettraient de dépasser le champ positif pour proposer des appréciations sur le droit en train de se faire ne nous sont plus très accessibles. À l'instant d'avoir à justifier nos perceptions juridiques, fussent-elles informées par une connaissance intime du droit, nous nous révélons incapables de les fonder faute de disposer d'une armature extra-juridique sur laquelle nous pourrions prendre appui pour parvenir à les exprimer.

¹⁵ L'idée de nature est hélas aisément réversible, ou facile à instrumentaliser. On peut ainsi dire qu'il est naturel que l'homme et la femme puissent seuls s'unir de façon féconde, comme on peut soutenir que l'admission de l'homosexualité comme composante de la nature humaine a précipité l'acceptation d'un mariage qui la sanctionnait. Le recours à la nature ne permet jamais de trancher, mais fait toujours réfléchir.

¹⁶ R. Libchaber, « Une doctrine politique », *Mélanges Ph. Neaud-Leduc*, LGDJ 2018, p. 601, où la question de la pétition est évoquée avec d'autres enjeux.

¹⁷ Ce qu'elle est en quelque sorte : Kelsen nous a hélas persuadés non seulement que le positivisme était scientifique, mais également qu'il était la seule voie d'une approche scientifique du droit. Le prix de cette prétendue science est ainsi de faire taire non seulement les perceptions personnelles, mais plus généralement tout ce qui excède tant soit peu le champ de ce qui est posé. D'où un rétrécissement des perspectives des juristes, qui se sont habitués à ne rien dire des finalités du droit, de l'adéquation entre les fins et les moyens juridiques ou des valeurs qui peuvent innover les règles.

III. La place de la philosophie dans les études juridiques

12. C'est à partir de cette insatisfaction profonde qu'il faut examiner la question qui est au cœur de cette communication. Si l'on songe à établir un enseignement philosophique en droit, c'est parce que l'on se sent prêt à revenir sur la domination du positivisme en admettant la légitimité d'un questionnement de fond sur la teneur des règles de droit que nous pratiquons.

Il est loin d'être certain que ces conditions soient réunies dans l'environnement qui est le nôtre. À la faveur du présent colloque, on peut néanmoins prendre le parti de l'utopie, pour faire comme si cette rupture avec notre présent était décidément à l'ordre du jour. Comment faudrait-il procéder pour réaliser cet enseignement? On retrouve les difficultés que l'on avait évoquées en commençant la discussion: quelle philosophie présenter, et à qui en confier la tâche? Dans une perspective pragmatique, deux points semblent acquis. Le premier, c'est que l'enseignant en droit est le mieux armé pour parler à des juristes, même s'il s'agit de les sensibiliser aux dimensions non techniques de la matière. Le second, c'est qu'il faudrait faire porter la réflexion sur des institutions de détail, des règles particulières, plutôt que de présenter de grandes doctrines constituées sur la notion de droit.

Citons encore une fois Philippe Rémy:

« il faut au juriste non pas un système qui descendrait du ciel de la philosophie dans l'ordre juridique positif, mais une philosophie remontante qui se préoccuperait d'abord, comme il le fait lui-même, non du *quid jus*, mais du *quid juris* »¹⁸.

Sur ce modèle, il semble qu'il ne faille pas entreprendre l'enseignement de grands corps de doctrine qui paraîtront aussitôt abstraits, rebutants et somme toute inutiles. Bien plutôt, il faut aux juristes un accès à une philosophie pratique, c'est-à-dire à des réflexions qui prennent pour objet des questions juridiques concrètes, celles-là mêmes qu'ils rencontrent dans le cadre de leurs études. Pour reprendre des catégories admises, il semble qu'ils seraient bien plus sensibles à une éthique appliquée qu'à des enseignements trop généraux de philosophie morale. Telle est la condition pour l'établissement d'un enseignement qui ait des chances de rencontrer son public¹⁹.

¹⁸ Rémy, *eod. loc.*, n° 3, p. 148.

¹⁹ Il ne faut pas mélanger des registres qui sont par ailleurs souvent hétérogènes. L'Université Paris-I a mis sur pied une double licence combinant le droit et la philosophie, il y a une quinzaine d'années. Son objectif est d'apporter une formation de pointe à des étudiants soucieux des deux domaines, quels que soient leurs choix d'orientation à venir. Mais les promoteurs de cet enseignement n'ont pas cherché à croiser les apports d'une façon artificielle: étudier à la fois le droit et la philosophie, ce n'est nullement prétendre se spécialiser en philosophie du droit.

13. Si l'on veut bien admettre ces données de départ, la solution la mieux praticable est de poursuivre deux objectifs.

Le premier est d'introduire une démarche fondée sur le doute, plutôt que de préconiser un enseignement philosophique *stricto sensu*, dont les juristes n'ont pas directement besoin. À cet égard, il conviendrait d'entretenir le souci constant de présenter les règles comme des problèmes, et non comme des solutions existant de toute éternité. Car elles ne sont pas des faits de droit à décrire comme si elles avaient constamment existé : bien plutôt, elles constituent une certaine résolution de problèmes, mais une résolution par nature précaire. L'exigence de doute ne revient pas à prôner une prétendue méthode socratique, qui trop souvent feint d'interroger sans pratiquer le doute. Il s'agit bien davantage de faire ce que l'enseignement du droit fait trop peu aujourd'hui, en le faisant d'ailleurs de façon systématique : exposer le contexte historique ou social qui a présidé à l'intervention de la règle de droit, de manière à problématiser ce qui est trop souvent présenté comme allant de soi. Si le droit est le domaine de la règle fluide, il ne faut pas s'efforcer de la présenter comme animée d'une vérité assurée, porteuse de valeurs intemporelles. Tout passe et change constamment, en droit bien plus qu'ailleurs.

Le second objectif serait de proportionner l'intervention de la philosophie aux strictes nécessités des juristes. On l'a dit : quelque regret que les philosophes puissent éprouver, il est inutile de présenter à nos étudiants de grandes doctrines organisées et cohérentes, entre lesquelles ils pourraient se situer. Car ils n'ont pas besoin de ce type de connaissance, mais de pouvoir disposer d'arguments intellectuels efficaces²⁰. Perelman avait jadis montré que même dans leurs raisonnements les plus serrés, les juristes plaidaient toujours devant un auditoire invisible : l'évidence est qu'ils cherchent bien moins à dire le vrai qu'à convaincre²¹. C'est à ce point que l'on peut interroger l'utilité de la philosophie, qui paraît relever de deux registres totalement différents.

²⁰ C'est là quelque chose d'essentiel, qu'il faut expliciter pour ceux qui n'ont pas l'habitude de la discipline juridique. Toute question de droit suppose un complexe de faits, auxquels on prétend appliquer une règle. Or l'analyse n'en est jamais univoque : sans exagérer, il y a toujours deux ou trois façons de saisir ces faits qui sont simultanément possibles. Il n'y a pas de perspective unique qui se révélerait décisive pour départager ces différentes applications, car elles ont nécessairement quelque chose de vraisemblable. Dès lors, le pouvoir de conviction du juriste devient décisif : c'est lui qui décidera peut-être le juge entre ces différentes interprétations, que rien de péremptoire ne permettrait de hiérarchiser. Il n'y a pas de critères de vérité en droit, au sens où il y a des interprétations exclues, mais rarement d'autres qu'il soit nécessaire de recevoir. Ce qui distingue assez clairement le droit de l'activité philosophique, bien davantage préoccupée de vérité.

²¹ Ch. Perelman, « Raisonnement juridique et logique juridique », *Arch. philo. droit* 1966.1 ; de façon plus approfondie, du même auteur, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz 1979.

14. D'un côté, la présentation d'éléments philosophiques proches des questions que les juristes pratiquent pourrait leur servir de réserve d'arguments, directement ou par la réflexion que l'enseignement aura suscitée. Il se peut d'ailleurs qu'à l'occasion, ces arguments en réserve entrent en contradiction les uns avec les autres. Il ne faut pas s'en émouvoir : le mode de raisonnement des juristes les conduit à piocher ici ou là pour prendre ce qui leur est utile au sein d'un stock d'*exempla*, quel que soit le corpus de référence – et donc sans grand souci de cohérence. Contrairement au philosophe, le juriste estime que toute est utilisable dès lors que cela peut trouver sa place dans une argumentation dont le caractère persuasif sort renforcé.

Pour autant, les juristes doivent savoir qu'indépendamment de leur efficacité propre, les arguments ne se valent pas tous : telle est la deuxième raison de leur présenter des éléments de réflexion philosophique. Car contrairement au droit, la philosophie ne raisonne pas de façon opportuniste : elle a à cœur de se référer à des figures de vérité au regard desquelles elle prend position. C'est en cela qu'elle peut rendre le juriste un peu mieux conscient de ce qu'il fait, sans pour autant modifier sa façon d'argumenter. En effet, elle lui permet de peser la valeur propre à ses arguments – quand bien même il reste certain qu'il les utilisera en cas de besoin, au prix d'une certaine mauvaise foi peut-être. À tout le moins, il connaîtra les faiblesses conceptuelles d'une argumentation qu'il devra néanmoins assumer, faute de solution de rechange !

Tels sont les deux objectifs que l'on peut assigner à un enseignement raisonné de la philosophie : obliger le juriste à questionner ses outils normatifs, et lui présenter des éléments de réflexion qui lui permettent de mener cette tâche à bien. C'est au carrefour de ces deux objectifs que nous pouvons tirer profit des apports d'une formation philosophique, qu'elle soit morale ou politique.

15. Un enseignement fondé sur le doute quant à la valeur des solutions positives n'est pas facile à concevoir. On voit bien le résultat vers lequel on aimerait tendre : il convient que les étudiants disposent des moyens de se demander constamment pourquoi la règle qu'ils pratiquent est celle-là plutôt qu'une autre. Mais comment y parvenir ?

À cet égard, l'enseignant dispose déjà de deux intercesseurs contradictoires, qu'il n'utilise pas suffisamment faute d'en percevoir le potentiel subversif. L'histoire d'abord, qui montre comment telle institution en est arrivée à avoir les contours qui sont aujourd'hui les siens. Quels que soient les choix normatifs que l'évolution a effectués au fil du temps, ce sont des choix qui émanent de notre société et non d'une autre. Peu importe la part de construction qui s'y trouve : cette construction lui a paru satisfaisante à un moment de son développement, ce qui charge la règle d'une certaine dose de nécessité. En sens inverse, le droit comparé nous permet de montrer le caractère forcément contingent de nos solutions : un regard éloigné

montre qu'il y avait bien d'autres façons de concevoir l'institution que celle que nous avons adoptée, et ces conceptions auraient d'ailleurs pu avoir une certaine légitimité chez nous. Tout enseignant peut profiter de cette contradiction pour essayer de questionner les institutions qui sont les pivots de sa matière, en cherchant ce qu'elles révèlent du problème posé, comme de la société où il se pose.

Pour le dire autrement, la perception philosophique nous aide à échapper à un positivisme qui sanctifie l'état du droit, en considérant comme nécessaire uniquement ce qui a été posé, et en tenant cela seul pour juridique. S'il est vrai que le droit se compose à coup sûr des règles établies, toutes celles qui auraient pu l'être et qui participent de l'idée de juridicité n'en sont pas moins des éléments de droit, non positifs, qui appellent et alimentent la réflexion²². D'où l'intérêt d'un apport philosophique constant, qui nous rende sensible la contradiction qui fait le droit : entre de multiples conceptions répondant de visions du monde diverses, notre société a élaboré une synthèse particulière en suivant sa voie. En contemplant la diversité des possibles pour la rapporter à nos choix, le juriste qui tente de penser sa matière se donne la possibilité d'une perception informée, où la nécessité se dégage sur le fond de toutes les possibilités qui ne se sont pas réalisées.

16. En cela, des considérations de philosophie politique ou morale peuvent jouer un rôle décisif dans la présentation de nos institutions. La direction ainsi tracée paraît claire, et nous pourrions nous y engager ; l'entreprise est-elle pour autant sans difficulté ni risque ? Il y aurait bien sûr des incertitudes qui tiennent à ce que l'on ne dispose pas de corpus d'enseignement disponibles : il reviendra à chacun de les élaborer pour son propre compte, mais on pourra compter sur l'aide d'une édition qui déploiera ses ressources pour mettre des éléments de référence à notre disposition. Telle n'est évidemment pas la difficulté principale, qui est psychologique : elle tient à notre conditionnement technique, au fait que nous ne nous permettons plus d'interroger les institutions en notre qualité de juriste : nous craignons qu'une perception personnelle constitue une intrusion de subjectivisme, dans un domaine qui devrait en être pur.

Mais en nous déroband à ces interrogations, en refusant d'interroger le droit au-delà du fonctionnement de ses règles, c'est toute la richesse de la matière juridique que nous perdons. De quelque façon que nous le fassions, il paraît aujourd'hui essentiel que nous échappions au blocage que le positivisme a créé. Kant décrivait l'esprit des lumières en reprenant l'injonction d'Horace : *Sapere aude*, c'est-à-dire *ose savoir*. Il exprimait cette exigence par une formule mieux élaborée : « aie le courage de te servir de ton propre entendement ». C'est bien de cela que nous aurions besoin aujourd'hui : de véritables lumières juridiques. Il faudrait que les juristes acceptent de se servir de leurs connaissances de la

²² R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ 2013, n° 18, p. 20.

matière dont ils ont la maîtrise pour oser une approche non technique du droit, qui complète et enrichisse leur compétence. C'est ce qui plaide pour un accès ouvert à la philosophie politique et morale, dont les préoccupations bordent en permanence le chemin des juristes.

17. Un ultime scrupule nous retient sur cette voie : pourquoi entreprendre de tout changer, pourquoi appeler ces lumières juridiques au lieu de rester en repos tout en laissant aux philosophes la charge de faire un travail qui leur revient ès-qualités ? La réponse est simple, et d'ailleurs opportuniste : parce que les juristes sont les seuls à pouvoir faire résonner les institutions juridiques au plus près de leur potentiel, car ils sont les seuls à les connaître vraiment : ils ont franchi l'épreuve de la maîtrise technique, qui se révèle décisive pour percevoir la richesse intellectuelle de l'objet considéré.

Cette considération est certaine, mais elle ne suffit pas à justifier nos devoirs. D'ailleurs, elle masque l'essentiel, qui tient à ce que les juristes contemporains ont une véritable responsabilité à l'égard d'un droit qui est leur dépôt, et qu'ils doivent en conséquence transmettre en bon état à la génération suivante. Ils ne peuvent pas se contenter de l'utiliser à la façon d'un outil, seraient-ils les virtuoses de son utilisation. S'ils ne redonnent pas sa dignité à la pensée juridique, au besoin en s'appuyant sur l'assistance de la philosophie, ils auront permis la victoire d'un technicisme sclérosant qui s'est déjà bien trop implanté. Et cela, nous ne pouvons ni ne devons l'admettre !