

## **Le « juridique » se réduit-il au « judiciaire » ou « juridictionnel » ?**

*Jus, judex, jurisdictio* : la lignée dans laquelle s'inscrivent ces termes dans la langue latine est-elle transposable, dans la langue française, aux rapports entre *droit, judiciaire* et *juridictionnel* ? Ces derniers mots correspondent-ils ainsi, en quelque sorte, au périmètre du droit ?

Il y a, de fait, une forte tendance dans l'opinion publique -chez « l'homme de la rue », comme on dit, le profane non spécialiste- à se représenter l'ensemble de l'expérience juridique sous la figure emblématique du juge et du procès : le droit est confondu avec la justice, l'instance judiciaire ou juridictionnelle et son symbole de la Balance. C'est cette vision que traduit à la fois de la manière la plus dépouillée et sur un registre cauchemardesque poussé à son paroxysme le célèbre roman de Franz Kafka *Le procès*. Cette conception réductrice courante se trouve parfois théorisée sous une forme systématique par des philosophes non juristes. C'est ce qu'illustre tout particulièrement le philosophe hégélien Alexandre Kojève, qui a surtout enseigné la philosophie de son maître, mais qui s'est aussi (malheureusement !) intéressé au droit et a écrit en 1943 un ouvrage publié une quarantaine d'années plus tard, après sa mort (1968), sous le titre *Esquisse d'une phénoménologie du droit* (Gallimard, 1981). Manifestement il a été contaminé par le travers de

Hegel de parler du droit en observateur très lointain et très peu averti de la réalité, se contentant de vues floues, confuses, obscures. L'idée centrale développée dans cet ouvrage, c'est que, pour qu'il y ait du droit, il faut qu'opère dans le milieu social un « tiers impartial et désintéressé » ; la marque fondamentale de l'expérience juridique résiderait dans la présence de ce tiers : « le phénomène 'Droit', écrit Kojève (p. 25 et 191), est l'intervention d'un être humain impartial et désintéressé, qui s'effectue nécessairement lors d'une interaction entre deux êtres humains A et B et qui annule la réaction de B à l'action de A...Une interaction quelconque devient une situation juridique uniquement parce qu'elle provoque l'intervention d'un tiers ». Or quel est ce « tiers impartial et désintéressé » par quoi a lieu une expérience juridique ? C'est un juge ou arbitre. La figure emblématique du droit n'est incarnée ni par la Police, ni par le Législateur, mais par le Juge : « en effet, relève Kojève (p. 192), la Police ne fait qu'exécuter les décisions du Juge. Et le Législateur édicte ses lois juridiques en vue de leur application par ce même Juge. Si donc la situation n'est juridique que parce qu'elle implique un tiers 'impartial et désintéressé', ce tiers lui-même n'est une entité spécifiquement juridique que dans la mesure où il implique un aspect de Juge et d'Arbitre. Et c'est surtout en tant que Juge qu'il est censé être vraiment 'tiers', c'est-à-dire 'impartial et désintéressé' ». Au travers de ces bien brumeuses et superficielles ratiocinations, l'expérience juridique se trouve ainsi toute entière ramenée à une expérience judiciaire.

La même conception amène parfois à d'étranges et bien poétiques images : c'est le cas, par exemple, de Jean-Louis Vuillerme qui prétend très sérieusement voir, derrière l'expression « sources du droit » couramment usitée depuis Cicéron, une métaphore hydrologique lumineusement révélatrice de la nature fondamentale de l'expérience juridique ; laquelle serait une expérience de « triangulation judiciaire » donnant lieu, dans le cadre des procès, à des flux ou flots d'arguments respectivement déversés par les deux parties en litige et convergeant vers le juge. Cette vision amène ce philosophe à se référer au langage médical et à placer le droit sous l'idée d'« anastomose », d'abouchement, de mise en connexion de

deux conduits, de deux canaux de circulation : j'ai envie d'ajouter que cela coule de source ! (« Les anastomoses du droit. Spéculation sur les sources du droit », *Archives de philosophie du droit*, tome 27, 1982, p.5s).

Le plus surprenant, toutefois, c'est de retrouver chez les philosophes du droit juristes, en contact permanent et étroit avec le monde du droit, la même tendance à réduire le juridique au judiciaire ou juridictionnel, - une tendance à caractère assez général même si elle apparaît plus marquée chez les juristes privatistes ; on la voit se manifester au travers d'un certain nombre d'idées ou prises de position. On ne saurait assurément contester la place considérable du juge dans la vie juridique, mais cela n'autorise pas pour autant cette surévaluation. Je me propose d'évoquer ici, pour les soumettre au feu de la critique, trois illustrations particulièrement topiques, qui font ressortir sous des points de vue fort différents -ce qui est révélateur de son impact- ce travers réductionniste.

I / J'ai choisi comme première illustration la thèse -ou plutôt l'hypothèse- qui a été soutenue notamment chez des juristes historiens et selon laquelle le droit ne devrait pas être conçu comme constitué uniquement de règles, mais aussi de jugements ; historiquement même il se serait d'abord manifesté sous la forme de jugements : l'expérience juridique originale aurait été, non pas une expérience législative, mais une expérience judiciaire, réduite à l'émission de jugements. C'est cette thèse qu'évoque le doyen Jean Carbonnier dans ces lignes : « Au commencement aurait été le Jugement. Non pas l'acte juridictionnel des modernes, le jugement logique, déduction d'une règle de droit préexistante. Mais un jugement spontané, intuitif, de nature magique ou charismatique. Quand il était arrivé aux vieillards-juges d'une tribu de prononcer plusieurs fois un jugement identique sur des faits semblables, ainsi juger leur devenait une habitude, une coutume, la première règle de droit. Pour parler en termes d'aujourd'hui, la formation des règles de droit aurait été jurisprudentielle. C'est une opinion latente chez beaucoup de juristes

historisants, Planiol, par exemple ». Dans le même texte, Carbonnier reprend à son compte cette thèse tout en la tempérant par l'adjonction aux jugements d'une autre catégorie de « phénomènes juridiques primaires », les commandements individuels émis par les chefs et qui auraient aussi précédé les règles juridiques dans les sociétés humaines des premiers âges (« Sur le caractère primitif de la règle de droit », in *Mélanges Roubier*, t.1, Dalloz, 1961, p.109s ; ces idées ont été reproduites par la suite dans plusieurs autres ouvrages, notamment *Sociologie juridique*, P.U.F., 1978, p.159s, et *Flexible droit*, L.G.D.J., 1979, p.61s).

Ainsi formulée, cette analyse apparaît entachée d'un vice rédhibitoire puisqu'elle revient à prêter à une même chose, le droit, plusieurs structures constitutives fondamentalement différentes, et donc des identités différentes. Elle repose manifestement sur une confusion. En réalité, le droit a toujours revêtu la forme de règles ou normes émises par des autorités sociales, sans quoi on se trouverait en présence d'une autre sorte de chose, relevant d'une autre catégorie conceptuelle. Ceux que, dans le très ancien droit romain, on appelait des « jurisdiseurs », parce qu'ils étaient chargés de « dire le droit », ne procédaient pas en vérité ou pas seulement à la formulation de jugements au sens ordinaire, c'est-à-dire de simples jugements de valeur (du type : « telle conduite de X est bonne, valable, ou est mauvaise, non valable ») ; leur fonction était, non pas de *dire*, d'émettre des paroles, mais plus exactement d'*édicter*, c'est-à-dire de prescrire des règles. C'est cette fonction d'autorité, de commandement, qu'exprimaient les locutions latines *jus dicere*, *juris dictio* (sur cette nature prescriptive du *jus dicere*, « mécanisme d'autorité » et non simple prononcé de paroles, voir notamment Emile Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, t.2, Editions de Minuit, 1969, p.108 et 114s). Il s'agissait certes, en l'occurrence, de règles juridiques très concrètes, à contenu individuel ou particulier : « X doit faire ceci », « X peut faire ceci », « X doit s'abstenir de faire ceci », « X doit recevoir tel châtiment ou telle récompense », etc. Cette forme de législation est à relier, bien sûr, à la mentalité primitive humaine qui a été longtemps réfractaire à

l'abstrait, et donc au général. En tout cas, cette « juridiction » n'était qu'un certain mode de réglementation, une réglementation en quelque sorte au coup par coup. Toutes les expériences juridiques antiques où l'on voit le droit s'exprimer -au moins en partie- à travers des « diseurs de droit » se ramènent ainsi à une édicton de normes juridiques. Par exemple, « en Grèce primitive, du temps d'Homère et beaucoup plus tard encore, on trouve des arbitres (ce sont les vieillards de la tribu) et des thémistes qui deviendront plus tard les magistrats appelés les thesmothètes qui sont, à l'origine, des diseurs de droit, des sortes de devins auxquels la divinité dicte leurs arrêts, thesmies, dans chaque cas particulier » (E. Antonelli, « Le droit institution sociale », in *Mélanges Roubier*, t.1, p.23). Mais, précisément, ces thesmothètes n'étaient qu'une variété de législateurs, ainsi qu'en témoigne l'étymologie même : *thesmos* signifie « loi » et *tithêmi* « je pose ».

Il convient, au demeurant, de souligner qu'il n'existe pas, de ce point de vue, de différence fondamentale entre ces « diseurs de droit » des anciennes sociétés et nos « juridictions » d'aujourd'hui, contrairement à ce qu'on croit souvent : les « juges » d'aujourd'hui sont toujours des autorités publiques ayant pour fonction essentielle d'édicter des normes juridiques concrètes. Leur mission ne se borne pas -comme le suggère leur appellation- à *juger*, à constater la valeur positive ou négative des conduites humaines impliquées dans les cas qui leur sont soumis : l'essentiel de leur rôle est de procéder au *règlement* du litige, c'est-à-dire d'édicter des *règles* prescrivant ce que les parties peuvent ou doivent faire. Les « jugements » des tribunaux, ce sont très exactement des dispositions normatives (le *dispositif* même du jugement, semblable à celui que comportent les lois) qui sont prises en principe sur le fondement de certaines appréciations, de certains jugements proprement dits formant la partie de la sentence judiciaire qu'on appelle les *motifs*, partie qui, elle, n'est pas essentielle : il peut y avoir des jugements ne comportant pas de motifs mais seulement un dispositif. La seule différence avec les anciens diseurs de droit, c'est que la fonction juridictionnelle s'exerce de nos jours dans le cadre de règles juridiques édictées par d'autres autorités publiques et que les juges sont chargés d'appliquer à travers leurs

propres décisions, alors que les diseurs de droit disposaient d'une latitude beaucoup plus importante, - de ce qu'on appellerait aujourd'hui un pouvoir normateur originaire leur permettant de trancher discrétionnairement en fonction de leurs appréciations personnelles.

Cette similitude avec les actes des antiques diseurs de droit m'amène à relever que c'est justement pour la même raison, par suite du même malentendu, qu'a été déniée la nature prescriptive de règles tant de ces anciens actes que de ceux de nos actuelles juridictions. A longtemp s'évi, en effet, dans les esprits, et perdure encore chez beaucoup, la conception selon laquelle les règles, toutes les règles, pas seulement les règles de droit, seraient nécessairement générales, - conception aussi extravagante que celle qui prétendrait que seules les chaises vertes sont des chaises, que le vert fait partie de l'essence même des chaises. Ce présupposé a vicié, notamment en France, et particulièrement chez les civilistes, la théorie classique des actes juridiques : elle a amené à considérer que les dispositions juridiques particulières telles que celles énoncées dans les jugements des tribunaux, mais aussi dans les actes à portée individuelle des autorités administratives ne seraient pas des règles juridiques et relèveraient de catégories radicalement différentes. Il a fallu attendre Kelsen et les adeptes de l'Ecole normativiste de Vienne, comme en France Charles Eisenmann, pour qu'on commence à entrevoir que les règles ou normes peuvent être aussi bien générales que particulières, tout en conservant la même essence, la même fonction de direction de la conduite humaine. Régler la conduite d'une ou plusieurs personnes individuellement visées n'est pas fondamentalement différent de régler la conduite d'une ou plusieurs catégories de personnes, et obéir à une norme particulière ne diffère pas non plus fondamentalement de l'obéissance à une norme générale, - d'autant d'ailleurs que certaines catégories, certaines classes ou ensembles de personnes peuvent ne comprendre qu'un seul ressortissant, c'est ce qu'on appelle en logique des « singletons » (on peut citer, par exemple, les catégories « Président de la République » ou « Premier Ministre » en tant que sujets du droit constitutionnel). En tous cas, les actes administratifs

particuliers, comme les jugements, sont aussi « réglementaires », prescriptifs de règles, que les actes administratifs généraux à qui est réservée indûment cette étiquette d' « actes réglementaires ».

Sous le bénéfice de ces mises au point, la question qui se pose, en fin de compte, est celle-ci : si les actes juridictionnels ne sont qu'une variété d'actes d'édiction de règles juridiques, est-ce que ces règles ont vraiment été à l'origine uniquement l'œuvre d'autorités de type juridictionnel, exerçant une fonction de règlement de conflits ou contentieux entre des parties ayant des prétentions et intérêts opposés ? L'expérience juridique est-elle apparue historiquement sous les seuls traits d'une expérience judiciaire ou juridictionnelle ? C'est là une pure vue de l'esprit : jamais elle ne s'est ramenée à un tel schéma ; il est, du reste, significatif que le doyen Carbonnier ait adjoint aux jugements proprement dits les commandements n'ayant pas cette nature émis par des dirigeants sociaux. Les travaux d'ethnologie juridique, et spécialement en France ceux du professeur Norbert Rouland, le confirment : partout, dans toutes les sociétés humaines, même les microsociétés les plus archaïques de type clanique ou tribal, on relève un « pouvoir politique » (Norbert Rouland, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, 1991, p.53S ; voir aussi son ouvrage *Anthropologie juridique*, P.U.F., 1988), un pouvoir de commandement exercé sur un peuple par des autorités diverses (chefs, assemblées d'anciens, assemblées de tous les membres de la tribu, ...) ; ce pouvoir de direction des conduites donne lieu à l'édiction de règles générales ou particulières, mais pas uniquement à l'occasion de litiges entre les membres du groupe et par des instances ayant seulement cette fonction d'arbitrage de conflits. L'activité judiciaire n'a jamais été qu'une donnée partielle à l'intérieur du phénomène juridique : on ne saurait réduire le tout à une partie.

A cet égard, l'emblématique formule d'Ulpien reprise par le Digeste de Justinien « *suum cuique tribuere* » ne doit pas induire en erreur : l'image du droit à laquelle elle renvoie n'est pas celle d'un juge départageant des parties en conflit, mais celle d'un législateur assignant aux citoyens leurs marges respectives de pouvoir agir – ce que dans la langue latine on appelait justement des *jura* (sur ce sens

originaires du *jus* et des *jura*, qui donne tout son relief à l'expression *jus dicere*, cf. Georges Dumézil, *Idées romaines*, Gallimard, 1980, p.41s). On retrouve la même connotation dans diverses autres langues, notamment en grec où le terme *nomos*, étiquetant le concept de « loi », dérive du verbe *nemein*, attribuer à chacun sa part, répartir comme il convient ; de même le mot hébreu *hok* a pareillement le sens de « loi » et de « part », « portion » ou « ration revenant à chacun ».

**II /** Une autre illustration de la tendance à ramener le juridique au judiciaire se trouve dans une idée très largement répandue dans la théorie du droit : les règles juridiques seraient toujours, nécessairement, des règles sanctionnées, assorties d'une sanction, et plus spécialement d'une sanction judiciaire, prononcée par un juge. C'est cette épée de Damoclès, ou plus exactement cette épée de Justice, suspendue au-dessus des têtes des sujets de droit, qui constituerait l'essence même des règles juridiques, qui leur conférerait leur juridicité. C'est par cette particularité qu'elles se donneraient comme des règles juridiques, c'est elle qui permettrait de les identifier comme telles et de les distinguer des autres catégories de règles (règles morales, règles ou usages sociaux, etc.).

Cette thèse a été notamment soutenue en France, au siècle dernier, par le doyen Paul Roubier, qui professait que « la possibilité d'une sanction judiciaire fait partie intégrante de la règle de droit », « l'appareil de la puissance publique (commissaires de police, huissiers, gendarmes, etc.) » servant à assurer cette sanction (*Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, p.32s). On trouve la même idée développée chez bien d'autres juristes, civilistes surtout mais pas seulement, comme l'atteste par exemple ce credo d'un fin internationaliste qui, sous l'inspiration de Kojève, présente le droit « comme un système de règles justiciables » : « c'est cette qualité toute spéciale des règles de droit d'être *justiciables*, i.e. de pouvoir, au moins potentiellement, faire l'objet d'un jugement par un tiers qui constitue la juridicité » (Charles Leben, « La juridiction internationale », *Droits*, 1989-9, p.144s).



Je ne m'arrêterai pas longuement sur cette conception. Elle rejoint une vision pour ainsi dire « impressionniste » traditionnellement répandue dans l'opinion publique et faisant du Gendarme, du Juge et de la Prison les fondamentaux de l'expérience juridique. Cette vue est exagérément simplificatrice. Elle est, certes, grosso modo en accord avec le droit pénal que l'on tend justement à considérer dans l'opinion courante comme la matrice ou le parangon de la réglementation juridique ; c'est en quelque sorte l'empreinte laissée dans les esprits par la partie du droit la plus impressionnante en tant que la plus redoutée. Mais le droit pénal n'est pas tout le droit, et il s'en faut que les autres branches juridiques soient sur le même modèle. Toutes les règles de droit ne sont pas systématiquement assorties d'une sanction judiciaire en cas de transgression. Soutenir, comme on le fait couramment, que dans ces cas il ne s'agit pas d'authentiques règles juridiques n'est guère sérieux. On a même été jusqu'à prétendre que des branches entières de droit n'auraient qu'une apparence trompeuse de droit, comme le droit constitutionnel, au moins avant l'essor relativement récent de la justice constitutionnelle, ou le droit international qu'aujourd'hui encore des juristes tels que Charles Leben n'hésitent pas à qualifier de « droit largement en puissance », de droit qui « ne peut exister qu'en puissance », qui n'advient à une existence authentique qu'avec l'intervention aléatoire d'un juge. C'est le type d'échappatoire ésotérique auquel les théoriciens du droit sont tentés de recourir toutes les fois que leur conception des règles juridiques ne colle pas avec les données du réel : ils préfèrent corriger la réalité plutôt que le concept qu'ils s'en font...

En dehors de son manque de réalisme, cette théorie de la sanction judiciaire assortissant nécessairement les règles juridiques appelle au moins trois observations. D'une part, les tribunaux ne sont pas des instances extérieures à l'expérience juridique, ils en font partie : leur organisation, leur fonctionnement, leurs compétences, les effets des décisions qu'ils rendent, sont réglementés par le droit ; il existe une branche fort importante et complexe de *droit juridictionnel* qui a proliféré autour des multiples juridictions instituées tant sur le plan interne que sur le plan international. Toutes ces règles encadrant

l'activité des juges devraient, pour être elles-mêmes juridiques selon la conception examinée, se trouver pourvues d'une sanction judiciaire devant d'autres juges : on est renvoyé à la vision absurde d'une *regressio in infinitum*...

D'autre part, cette conception implique, par hypothèse même, que les tribunaux ne peuvent statuer qu'en droit, puisque les règles ou principes qu'ils appliquent auraient automatiquement valeur de règles juridiques en tant que sanctionnés par des juges. C'est évidemment inexact : en pratique, on le sait, la réglementation habilite des instances juridictionnelles à trancher des litiges en dehors du droit, en équité, en amiable composition ou conciliation ; ces modes de règlement existent aussi bien dans le domaine international que, de plus en plus, sur le plan interne (voir : *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, sous la direction de P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn, La documentation française, 2003 ; Y. Desdevises, « Équité et conciliation », in *Mélanges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p.209s). Le juge est, par ailleurs, amené, le cas échéant, pour résoudre les conflits qui lui sont soumis, à appliquer et sanctionner des règles qui ne sont pas, à proprement parler, des règles de droit, participant d'un pouvoir de commandement public, mais des règles non juridiques dont le droit réglemente l'édition et auxquelles il attache des effets, - qu'il s'agisse, par exemple, des dispositions contractuelles ou testamentaires des particuliers, des règlements intérieurs des entreprises privées, ou encore des usages et règles de l'art établis par les professionnels : toutes ces règles conservent, malgré l'intervention du juge, leur nature de règles participant, non pas d'un pouvoir de commandement public, mais d'un pouvoir de commandement privé, reconnu aux gouvernés eux-mêmes, en tant que tels, dans leurs relations entre eux et simplement encadré par le droit, - par le droit « privé » (voir sur ce point mon ouvrage *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p.266s et 356s).

Enfin, en soutenant que la réglementation juridique assortit, explicitement ou implicitement, ses directives de sanction, judiciaire

ou autre d'ailleurs, on la caractérise par le contenu de ses dispositions, par un contenu typique du *logos*, de la pensée discursive qu'elles articulent : c'est, en d'autres termes,, identifier les règles de droit selon un critère purement *logique*, abstrait et intemporel, déconnecté des données historiques de l'expérience juridique et de tout le contexte contingent socio-politique de leur édicition. Comme s'il existait un modèle apriorique de la réglementation juridique auquel le droit positif devrait être conforme pour être du vrai droit ; on rejoint sur ce point les mirages chimériques du mode de pensée jusnaturaliste... A cet égard, on ne peut se targuer, comme on le croit souvent, d'une prétendue démarche expérimentale et expliquer que c'est par l'examen même du contenu des règles juridiques qu'on arrive à la conclusion qu'elles se définissent et sont identifiables par tel ou tel élément caractéristique de contenu qu'elles font apparaître. Comment, en effet, se livrer à cette enquête sur les normes juridiques si non ne sait pas déjà, au départ, les identifier pour pouvoir justement les rassembler, les étudier, les passer en revue ? Ce cercle vicieux montre que ce n'est certainement pas au niveau de leur contenu qu'on doit rechercher la juridicité des règles de droit.

**III /** Je veux surtout m'arrêter, en dernier lieu, sur un courant d'idées qui a illustré de la façon la plus radicale et, à certains égards, la plus fruste, en même temps que dans un style souvent haut en couleurs, la réduction du juridique au judiciaire : je veux parler du mouvement réaliste américain qui s'est développé à partir de la fin du XIXème siècle à travers toute une galerie de figures connues comme Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, John Chipman Gray, Karl Llewellyn, Jerome Frank, William Douglas ou Roscoe Pound ; j'y adjoindrai ici l'œuvre du danois Alf Ross qui, bien que dans la mouvance du réalisme scandinave et du positivisme logique du Cercle de Vienne et nourri par une tradition juridique romano-germanique et non de *Common Law*, me semble pouvoir être apparenté au réalisme américain sur les points cardinaux de la place du juge et de la tâche du juriste dans l'expérience juridique (voir l'excellent condensé de Riccardo Guastini, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science

juridique », in *Théorie du droit et science*, sous ma dir., PUF, 1994, p.249s). Je commencerai par rappeler la doctrine professée par ce courant de pensée, avant de formuler les observations critiques qu'elle appelle à mes yeux.

1/ Par-delà les nuances qui les séparent, le dénominateur commun de tous les réalistes américains et apparentés tient en ce que pour eux l'expérience juridique se réduit essentiellement à l'expérience judiciaire : le droit, le vrai droit, c'est ce que décident les tribunaux. Il n'est pas inutile de souligner que beaucoup de ces réalistes étaient eux-mêmes des juges, notamment à la Cour Suprême comme Holmes, Cardozo ou Douglas : ce qui les a probablement incités, je le crains, à voir midi à leur porte ! Dans le prolongement de ce credo, cette école a professé une conception se voulant également « réaliste » de la « science du droit ». Elle a soutenu qu'une authentique « science du droit » devrait avoir la même démarche que celle prêtée couramment (mais bien approximativement) aux autres sciences, c'est-à-dire prévoir l'avenir ; elle consisterait donc et devrait uniquement consister à prévoir les décisions des juges, dégager objectivement et systématiquement leurs inclinations à rendre tel ou tel type de décisions, établir à l'avance sous forme de propositions prédictives à caractère général les principes en latence chez eux, qui se concrétiseront dans leurs décisions particulières et qui résultent de tout ce qui est susceptible de les influencer, de les motiver : pas seulement les règles juridiques édictées par le législateur, mais aussi tous les autres facteurs de diverses natures contribuant à façonner leurs prédispositions et à les déterminer à statuer dans un certain sens, pas nécessairement celui qu'indiquent les lois. Du point de vue d'une théorie résolument réaliste, les règles mises en vigueur par le législateur n'auraient, en tant que telles, qu'une importance assez relative ; ces règles seraient, en fait, principalement destinées au juge et dépendraient de l'usage qu'il décide d'en faire : le droit réel, c'est uniquement ce que décide et sera amené à décider effectivement le juge. Gray a développé à ce sujet une distinction - pour le moins originale, mais qui paraît bien sous-tendre tout cet ensemble d'idées - entre les *sources du droit* et le *droit* lui-même : « les actes législatifs,

les lois écrites, prétend-il, doivent être traités comme les sources du droit, et non pas comme faisant partie du droit en tant que tel ». Ce qui lui permet d'affirmer que « le droit se compose des règles prescrites par les tribunaux », que « le corps des règles qu'ils prescrivent n'est pas l'expression du Droit préexistant, c'est le droit lui-même », qu'« il n'existe pas d'entité mystérieuse 'le Droit' distincte de ces règles, les juges créent plutôt qu'ils ne découvrent le droit ». Et de conclure par une formule restée célèbre : « on dit parfois que le droit se compose de deux parties, le droit législatif et le droit créé par le juge, mais en vérité tout ce qui est Droit est créé par le juge (*all the Law is judge-made Law*) » (*The Nature and Sources of the Law*, 2<sup>ème</sup> éd., 1927, p.84-125).

Le philosophe britannique Herbert Hart a sans doute résumé de la manière la plus pénétrante et la plus sobre l'esprit général de la *realistic jurisprudence* américaine : « parler de règles constitue un mythe qui masque la réalité, à savoir que le droit consiste simplement dans les décisions des tribunaux et la prédiction qu'on peut en faire » (*Le concept de droit*, trad. fr. M. de Kerchove, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p.169). Les professions de foi des réalistes ont le mérite d'être parfaitement limpides, sans ambiguïté ni complexe. La plus emblématique et la plus connue est celle de Holmes dans un article publié en 1897 : « les prophéties sur ce que les tribunaux feront en réalité, et rien de plus prétentieux, voilà ce que j'entends par droit » (« The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, vol.10). Dans le même article, dans le sillage des idées développées trois quarts de siècle plus tôt par l'anglais Jeremy Bentham avec sa théorie des entités fictives, Holmes va jusqu'à observer que « les droits et obligations élémentaires dont s'occupe la science du droit ne sont pas autre chose que des prédictions... ce qu'on appelle obligation juridique n'est pas autre chose que la prédiction de tel ou tel mal qui sera infligé à un homme en vertu du jugement du tribunal si cet homme fait ou omet de faire quelque chose ». « Il en va de même, écrit-il, pour ce qui est du droit » : *j'ai un droit* signifierait juste que celui qui veut m'empêcher de faire telle chose s'exposera à telle punition de la part du juge. Sur un registre

tout aussi sarcastique, Llewellyn observe : « les règles sont importantes dans la mesure où elles vous aident à prédire ce que les juges vont faire. C'est en cela que réside toute leur importance, mis à part le fait qu'elles constituent de beaux jouets » (*The Bramble Bush. On our Law and its Study*, Oceana Publications, New-York, 2<sup>ème</sup> éd., 1951, p.14).

La pensée d'Alf Ross recoupe largement tout ce corps d'idées. Pour le juriste danois aussi, les règles juridiques édictées sont destinées, non pas à ceux dont la conduite est visée, mais au juge pour qu'il leur en fasse application et les sanctionne le cas échéant. C'est médiatement, en considération de cette intervention potentielle du juge, que les intéressés règlent leur conduite. Et c'est uniquement pour exprimer cette menace qui pèse sur eux, et rien d'autre, que l'on parle de « droits » et d' « obligations » juridiques ; sur ce dynamitage des modalités déontiques sur lesquelles s'articule le fonctionnement des règles de conduite, Ross rejoint complètement les conceptions de Holmes (voir, en particulier, la curieuse étude qu'il a publiée en 1956 sous le titre « *Tû-Tû* », - reprise dans *Introduction à l'empirisme juridique*, textes réunis et traduits par E. Millard, Bruylant-LGDJ, 2004, p.103s). Ainsi démantelé, le droit réel se confond donc avec les décisions que les juges sont amenés à prendre.

Dans le prolongement de cette vision, Alf Ross a développé une critique radicale du positivisme juridique classique, spécialement de la théorie pure du droit de Kelsen : de son point de vue, en effet, la dogmatique juridique traditionnelle, essentiellement axée sur les édictions législatives en amont du juge, ne serait pas, comme elle le prétend et comme voudraient le faire croire Kelsen et le positivisme, une vraie « science du droit », mais plutôt une sorte de théorie idéologique, matinée de concepts métaphysiques. Seul l'établissement de prédictions relatives aux décisions susceptibles d'être rendues par les juges constituerait une authentique « science du droit » permettant de dégager le « droit en vigueur », c'est-à-dire selon Ross, non pas un prétendu droit en amont du juge, doté - comme le soutient Kelsen, resté à son insu inspiré par les concepts métaphysiques poussiéreux du jusnaturalisme - d'une mystérieuse « force obligatoire » ou « validité

objective », mais tout simplement le droit tel qu'il est appelé à se concrétiser dans les faits, dans les faits ou décisions des juges (de la même façon que les lois scientifiques formulées par le physicien reviendraient à dégager les réalités physiques potentielles, à indiquer comment dans la nature les choses sont appelées à se passer effectivement). Seule une telle activité pourrait être reconnue comme empirique et se prévaloir du label de science. Lorsque la dogmatique énonce que, d'après le droit en vigueur, on *peut* ou on *doit* faire ou ne pas faire ceci ou cela, il ne s'agit pas en réalité d'énoncés empiriques, purement descriptifs : « décrire » ce qu'il faut faire (un *sollen*), c'est une *contradictio in adjecto* comme disent les logiciens ; il ne peut s'agir que d'énoncés prescriptifs. Aux yeux de Ross, Kelsen s'est complètement fourvoyé en voulant fonder une science du droit empirique sur le modèle des sciences de la nature, tout en lui donnant un objet n'appartenant pas au monde empirique de l'être, mais à celui du devoir-être ou *sollen*. N'est empirique dans le champ d'une science proprement dite du droit en vigueur que l'énoncé suivant lequel le juge décidera dans tel ou tel sens ; seul cet énoncé est susceptible d'être confirmé ou infirmé par l'expérience et taxé de vrai ou de faux.

2/ Il faut se méfier lorsque des théoriciens prétendent aller à rebours du sens commun au nom du « réalisme » : j'ai remarqué que bien souvent cette étiquette n'est qu'un paravent derrière lequel ils énoncent des idées extravagantes et totalement irréalistes, revenant à congédier la réalité pour lui substituer une autre réalité de leur cru ; ils devraient se dire, non pas « réalistes », mais « réalisateurs », créateurs ou inventeurs de réalités. Tel est, précisément, le cas des réalistes américains et de Ross. Mes réflexions critiques porteront sur leur conception de l'expérience juridique, d'une part, et de la « science du droit », d'autre part.

- Il est irréaliste, tout d'abord, d'assimiler le droit et les règles juridiques à la détermination de ce que fera le juge dans telles ou telles circonstances. Cette idée témoigne d'une méconnaissance totale de ce que sont exactement les règles de conduite et de la manière dont elles fonctionnent en pratique. Le droit n'est pas un indicateur de faits, mais de la *possibilité* de faits ; les règles juridiques ne sont pas des énoncés

factuels sur ce qui est ou sera, mais des énoncés déontiques, - des énoncés déontiques sur ce qui *doit être* expose-t-on usuellement depuis Hume, Kant et Kelsen, je préfère dire sur ce qui *peut être* : il s'agit d'énoncés fixant des marges de possibilité ou latitudes à l'agir des personnes visées. Leur attribuer la nature d'énoncés factuels est un énorme contresens : la possibilité n'a pas de référent extérieur, de correspondant dans le monde, parmi les faits ; la possibilité n'est pas une donnée de fait observable. Il s'agit, on le sait déjà depuis Aristote, d'une notion purement logique, créée et utilisée par l'esprit humain à l'intérieur de lui-même et que, dans le cadre et pour les besoins propres de ses opérations mentales, il est amené à superposer sur le monde, à surimposer sur les faits observés. Les réalistes dénaturent complètement les concepts de « droit » et d'« obligation » : ces concepts ne renvoient pas à des faits ou des prédictions de faits, mais à des marges de possibilité d'agir. Avoir une obligation signifie ne pas pouvoir faire, ou au contraire ne pas pouvoir ne pas faire, telle chose ; avoir le droit, c'est la marge de possibilité intermédiaire, c'est-à-dire pouvoir aussi bien faire que ne pas faire telle chose. C'est à l'aune de ces marges du possible que sont jugés les faits, les conduites des intéressés ; elles sont valables ou non valables selon qu'elles apparaissent rentrer ou non dans ces marges de possible qu'on leur applique, qu'on leur superpose mentalement.

Les idées des réalistes américains présentent d'un autre point de vue une vision tronquée du droit et de l'expérience juridique : les règles juridiques édictées par le législateur en amont du juge ne sont pas adressées à ce dernier, mais d'abord et essentiellement à ceux dont elles régissent l'action (éventuellement le juge lui-même, mais seulement s'agissant des règles de droit juridictionnel ou de droit pénal). C'est directement pour aiguiller leur conduite que l'autorité législative élabore et fait entrer en application des réglementations, pour qu'ils ajustent leurs comportements sur elles sans attendre l'intervention éventuelle d'un juge ; c'est une vision très réductrice de prétendre que le droit ne sert pas qu'à régler des litiges, à mettre fin à des relations conflictuelles. L'émergence d'un contentieux porté en justice n'est qu'un aspect second de la vie juridique, la partie peut-être



la plus voyante ou la plus spectaculaire de l'iceberg, mais tout n'affleure pas au contentieux, loin de là. Encore une fois, la présence de nombreux juges, et notamment de juges de haut rang, parmi les fondateurs du réalisme américain n'est sans doute pas sans rapport avec leur conception réduisant l'ensemble de l'expérience juridique aux dimensions de leur propre univers professionnel, -ramenant, en quelque sorte, la couverture à eux.

C'est aussi une vue bien peu réaliste de donner à croire que les édictions du législateur n'ont aucune importance, qu'elles n'imposent aucune contrainte particulière au juge, qu'il est libre d'en faire ce qu'il veut, de leur attribuer discrétionnairement la portée qu'il lui plaît de leur reconnaître. Cette position radicale colporte une théorie de l'interprétation juridique qui s'est répandue aux Etats-Unis avant de pénétrer en Europe, et en particulier en France sous la houlette de Michel Troper, - une théorie de l'interprétation juridique se disant « réaliste », mais qu'on a pu qualifier plus exactement de théorie « nihiliste » qui annihile, réduit à rien, à néant, ce que le réel donne à voir. Les textes juridiques ne véhiculeraient aucun sens qui s'imposerait objectivement à leurs interprètes, ils seraient comme des coquilles vides appelant à être remplies au gré de leurs destinataires ; leurs auteurs n'auraient aucune part véritable à la détermination de leur sens qui serait exclusivement l'œuvre de ceux qui les reçoivent et les utilisent, spécialement de ceux qui, comme les juges, ont l'autorité nécessaire pour imposer aux autres leur propre interprétation. Cette thèse occulte une donnée essentielle de la réalité, à savoir le sens littéral attaché aux textes tel qu'il résulte quasi objectivement des règles et conventions lexicales et syntactiques de la langue en cause. Le sens littéral joue en pratique un rôle crucial, sans lui nos échanges linguistiques (y compris celui auquel je participe en rédigeant la présente contribution !) seraient impossibles et tourneraient au babel. Et d'ailleurs, ceux qui professent cette théorie soi-disant « réaliste » montrent par là-même, paradoxalement, qu'ils n'y croient justement pas : ils ne croient pas un seul instant qu'on peut faire dire n'importe quoi à ce qu'ils sont eux-mêmes en train de nous dire, au docte discours qu'ils nous adressent ; ils sont, à leur insu, en contradiction

flagrante avec eux-mêmes, comme dans une sorte de schizophrénie. De la même façon, si les juges prétendent donner et imposer aux autres une interprétation des règles édictées par le législateur, c'est bien que dans leur esprit les dispositions de leurs propres jugements ont un sens objectivement prédéterminé qu'autrui a la possibilité et le devoir de recueillir.

En pratique, certes, les juges sont en mesure de s'écarter du sens littéral des textes législatifs, mais c'est précisément en le prenant pour point de départ et à la condition de justifier cet écart. Pour interpréter un texte, je dois nécessairement, en toute hypothèse, partir de sa lettre et de ce qu'elle dit littéralement, pour aller éventuellement vers ce que je veux lui faire dire d'autre. On ne peut pas interpréter en faisant totalement abstraction du texte, on ne peut pas interpréter dans le vide. Un commentaire talmudique de la Bible utilise une formule métaphorique particulièrement éclairante : *interpréter c'est coudre*. Effectivement, la démarche interprétative s'apparente à de la couture, à de la broderie ; il s'agit de coudre du sens sur la lettre du texte, puis éventuellement, par approfondissement, du sens sur ce sens, et ainsi de suite. Mais toutes ces coutures, tous ces approfondissements, restent ancrés sur le texte, ils ne peuvent s'en affranchir. Et surtout, s'il veut s'éloigner du sens littéral des textes législatifs, le juge est obligé en pratique de démontrer le bien-fondé de cet écart, de le justifier par les défauts intrinsèques de ce sens littéral (obscurité, ambiguïté, contradiction, lacune, ...) ou bien par les conséquences déraisonnables auxquelles conduirait une application littérale de la règle : il va lui falloir tâcher de convaincre les autres membres de la communauté linguistique et juridique à laquelle il appartient, à commencer par les parties et leurs conseils, ainsi que les autres juridictions supérieures ou inférieures. A cet égard, il faut souligner que l'expérience juridique se développe en circuit fermé : les cours suprêmes ne sont pas à l'abri des réactions du milieu social environnant, de l'opinion publique, et même des juridictions inférieures qui peuvent adopter des positions dissidentes et mener à la limite une guerre d'usure contre elles. Au demeurant, les décisions même prises par des cours suprêmes ne sont pas véritablement

souveraines : c'est toujours sous le contrôle et avec l'approbation au moins tacite du législateur ordinaire ou du constituant qu'elles décident et interprètent les textes juridiques. Elles ne sont pas vraiment libres de n'en faire qu'à leur tête ; elles restent toujours théoriquement à la merci d'un désaveu (cf. sur tous ces points mon ouvrage précité, p.530s et 581s). En d'autres termes, si, selon le mot de Llewellyn que j'ai cité, le juge peut « faire joujou » avec les édictions du législateur, c'est seulement dans les conditions que lui imposent le texte et le contexte.

- Dans un second ordre d'idées, la conception des réalistes américains et de Ross articule une vue déformée, et de la science en général et du travail qui incombe aux juristes. Il est faux et bien simpliste de croire que la science n'est qu'une activité prophétique ou divinatoire, que les lois scientifiques ne sont que des prédictions, des anticipations du réel, des descriptions de faits à venir. C'est une conception très superficielle : les lois scientifiques ont, plus exactement, la nature d'outils mentaux, à l'instar des règles de conduite, et sont comme elles insusceptibles d'être dites vraies ou fausses. A la différence d'elles, elles ne sont pas des règles pratiques servant à encadrer la volonté agissante des hommes, mais des règles théoriques servant à encadrer -à guider- leur intelligence du monde. Ces outils ne décrivent pas le monde dans ses futurs états ; ils le mettent en système, donnent la clé de ses productions en indiquant le degré de possibilité pour un type de phénomène de survenir en fonction de telle ou telle configuration du contexte. Les lois construites par le savant permettent de se repérer, de faire des prédictions, des anticipations selon les circonstances dans lesquelles on se trouve, mais elles ne sont pas elles-mêmes des prédictions ou anticipations. On les utilise aussi, d'ailleurs, pour reconstituer rétrospectivement le déroulement des événements du passé.

La « science du droit », telle que la conçoivent les réalistes américains et Ross, n'est donc pas une vraie science formulant des lois de la survenance de types de phénomènes, - pas plus que l'activité des turfistes formulant des pronostics sur les résultats des courses. Elle correspond, en réalité, à une activité intellectuelle qui s'inscrit dans le

cadre de visées purement pratiques : il s'agit de donner, à l'intention des acteurs de l'expérience juridique, spécialement des justiciables potentiels, une vue « réaliste » du droit en vigueur, - entendons : une vue du droit tel qu'il est réellement interprété et appliqué, par-delà les lois et codes envisagés de manière abstraite, de sorte qu'ils puissent en tenir compte dans leur propre pratique juridique (cf. la distinction mise en circulation par Roscoe Pound entre « *law in the books* » et « *law in action* »). Cette activité est si peu une science qu'on la trouve couramment à l'œuvre chez les praticiens du droit; en particulier, les avocats font depuis longtemps des prévisions sur l'issue de leurs affaires en fonction des magistrats appelés à siéger. Il en va pareillement pour les juristes dogmaticiens qui n'hésitent pas, pour les besoins mêmes de leur présentation systématique et critique des instruments juridiques, à regarder au-delà des textes comment ils sont ou seront probablement utilisés, les influences qui s'exercent ou s'exerceront probablement sur les organes d'application : toutes les études doctrinales prennent en compte la jurisprudence et ses perspectives d'évolution, analysent les positions de principe derrière les décisions particulières des juges, ce qui les prédispose à rendre leurs jugements. Le tort de la conception de Ross et des réalistes américains est de vouloir réduire la théorie du droit à cela et ainsi d'appauvrir considérablement la démarche des juristes qui est d'éclairer de manière beaucoup plus générale la pratique juridique, même en dehors de toute dimension contentieuse, ou en l'absence d'éléments jurisprudentiels lorsqu'aucune décision judiciaire n'est encore intervenue, et en prenant en considération au demeurant d'autres données que le comportement des juges : par exemple, les opinions de l'administration, les interprétations qu'elle donne des textes juridiques dans ses instructions et circulaires et qui jouent un grand rôle, notamment en matière fiscale ; ou encore la pratique des sujets de droit eux-mêmes, telle qu'elle se manifeste dans leurs comportements d'observance et de déviance ou autrement (en particulier à travers les actes-types, recommandations et directives établis par les organisations professionnelles pour la mise en œuvre de la réglementation concernant leurs secteurs respectifs). Le panorama

de la vie juridique « réelle » déborde largement, on le voit, le seul terrain du contentieux et du judiciaire.

Paul AMSELEK

Professeur Émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)