



# La politique juridique

Boris Barraud

► **To cite this version:**

| Boris Barraud. La politique juridique. La recherche juridique, L'Harmattan, 2016. hal-01367758

**HAL Id: hal-01367758**

**<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01367758>**

Submitted on 16 Sep 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Boris Barraud, « La politique juridique », in *La recherche juridique* (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 231 s.

*manuscrit de l'auteur (droits cédés aux éditions L'Harmattan)*



### **La politique juridique opposée à la science juridique**

On avance parfois que la poésie serait née dans le droit et à cause du droit<sup>1</sup> ; et on a pu proposer de « remplacer les Écoles de Droit par des Écoles de Musique »<sup>2</sup>. Sans doute le droit est-il « un art, l'art de structurer la vie sociale, l'art d'assurer l'ordre et la paix, d'énoncer ce qui est à chacun, d'assurer l'équilibre social »<sup>3</sup>. Cependant, cela vaut quant au droit comme produit d'une action politique mais non quant au droit en tant que discipline académique. L'angle d'étude du droit le plus naturel pour un juriste des universités ne paraît pouvoir être que l'angle scientifique, soit l'angle objectif et empirique qui conduit à observer et à comprendre les normes et les institutions pour pouvoir ensuite les décrire et les expliquer. Il arrive qu'on considère que parler de « science du droit » serait un excès de langage et que, strictement, le droit serait dans toutes ses composantes et par nature l'objet d'un art et non d'une science<sup>4</sup>. Tout au contraire, il semble que les règles et les institutions juridiques puissent parfaitement être abordées de manière très scientifique et, plus encore, qu'il soit préférable qu'elles le soient.

« Le droit positif, notait Charles Eisenmann, apporte au juriste toute une série de réglementations, de systèmes d'organisation politique ou gouvernementale divers ; il les lui offre pour ainsi dire “en vrac”, tous ensemble comme à “l'état brut” : et c'est à lui juriste [...] qu'il appartient et incombe de mettre l'ordre intelligible, l'ordre de la connaissance dans cette masse de matériaux »<sup>5</sup>. Cette mission propre au *jus-universitaire* est une mission scientifique et elle doit être comprise de la sorte par lui. Néanmoins, il est aussi possible — et même pertinent tant une solution ne revêt pas, en soi, moins d'importance et de légitimité qu'une explication<sup>6</sup> — d'aborder le droit d'un point de vue plus politique, ce qui veut aussi dire d'un point de vue plus polémique, d'un point de vue plus subjectif et partial,

<sup>1</sup> En effet, on a pu soutenir que la poésie aurait le droit pour origine : « On ne savait point encore écrire et on voulut que certaines lois en petit nombre, et fort essentielles à la société, fussent gravées dans la mémoire des hommes, et d'une manière uniforme et invariable : pour cela, on s'avisait de ne les exprimer que par des mots assujettis à de certains retours réglés, à de certains nombres de syllabes » (B. DE FONTENELLE, « Sur la poésie en général », in *Œuvres de Fontenelle*, Salmon-Peytieux, 1825, p. 13 (cité par A. LECA, *La lyre de Thémis ou la poésie du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2011, p. 23)). La part de poésie du droit, « science littéraire », ne fait aucun doute : « Le droit dans son Olympe est nourri d'ambrosie / Il vit de fictions comme la poésie » (C. THURIET, *Proverbes judiciaires*, Lechevalier, s. d., p. 2 (cité par A. LECA, *La lyre de Thémis ou la poésie du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2011, p. 19)).

<sup>2</sup> J. DE DIEU D'OLIVIER, *L'Esprit d'Orphée, ou des influences respectives de la musique, de la morale et de la législation*, Pougens, 1804, p. 60 (cité par A. LECA, *La lyre de Thémis ou la poésie du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2011, p. 59).

<sup>3</sup> M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, 1976, p. 64.

<sup>4</sup> J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 326.

<sup>5</sup> Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. droit* 1966, p. 25.

<sup>6</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 480.

conduisant à prendre parti et à avancer des propositions toujours contestables et non des descriptions par définition vraies. C'est alors la politique juridique et non plus la science juridique qui est en cause.

La politique juridique consiste à affirmer, subjectivement, ce que devraient être les normes constitutives du droit ou, du moins, constitutives d'un régime juridique donné. Par exemple, s'inscrivent dans le cadre de la politique juridique celui qui soutient que le taux d'un impôt  $x$  devrait être baissé pour une raison  $\lambda$  ou celui qui s'oppose, pour une autre raison  $\lambda$ , au vote d'une loi dont l'objet serait d'accorder un droit  $m$  à une catégorie de population  $n$ .

A été précédemment en ce livre, au sein du chapitre afférent à la science du droit positif, proposé de séparer cette science de la doctrine et de la dogmatique juridiques. Ces dernières paraissent se rapprocher davantage de la politique juridique. Le juriste-universitaire fait œuvre scientifique lorsqu'il se borne à recenser les normes et les diverses interprétations possibles des normes<sup>1</sup>. Il fait œuvre doctrinale ou dogmatique lorsqu'il propose — ou, selon le ton adopté, cherche à imposer — de nouvelles normes ou lorsqu'il propose, ou cherche à imposer, un choix entre les différentes interprétations possibles d'une norme.

***L'exemple des discussions entre professeurs de droit à propos du projet de « loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe »***

On observe combien de plus en plus de chercheurs en droit tendent à « transgresser la frontière webérienne entre le savant et le politique »<sup>2</sup>, à « céder à la tentation d'instrumentaliser le droit positif selon une inclination qui répond davantage à l'office de l'avocat qu'à celui de la science du droit »<sup>3</sup>. Plus gravement, quelques-uns tendraient à « prendre des libertés avec les données du droit positif, sous l'influence de [leurs] préférences éthico-politiques »<sup>4</sup>. Cela a pu se vérifier, par exemple, lorsque certains ont souhaité engager, en leur qualité de professeurs de droit, de spécialistes du droit, une « offensive doctrinale contre [ou pour] le projet de loi sur le mariage pour tous »<sup>5</sup>.

Les débats, en 2012 et 2013, ayant entouré la future loi relative au mariage des couples de personnes de même sexe<sup>6</sup> ont en effet constitué un modèle du genre<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd. (1962), trad. Ch. Eisenmann, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 1999, p. 335 s.

<sup>2</sup> A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, n° 4.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> J. ROUX, « Le “mariage pour tous” et la Constitution : La méthode et le fond (Réponse à Alexandre Viala) », *RDLF* 2013, n° 6.

<sup>5</sup> A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, n° 4.

<sup>6</sup> L. n° 2013-404, 17 mai 2013, *Ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

C'est ainsi que différents enseignants-chercheurs des facultés de droit (pas moins de 180 selon leur propre décompte) ont adressé une pétition aux sénateurs de la République afin de protester contre le projet de loi relatif au « mariage pour tous », afin de contrecarrer son adoption. Or ils n'agissaient de la sorte pas à titre personnel et privé mais bien en se fondant sur leurs titres et savoirs académiques. Et leur intention était plus précisément de « propager toute une série de jugements qui, à l'examen, [étaient] bien plus des jugements de valeur que des analyses juridiques. [...] En d'autres termes, bien qu'ils prétend[aient] parler au nom du droit, ces juristes exprim[aient] surtout leurs préférences personnelles »<sup>2</sup>.

Divers professeurs de droit, dont certains très éminents<sup>3</sup>, ont donc délaissé la casquette scientifique au profit de la casquette politique. Il s'en trouve même qui sont allés jusqu'à écrire en se camouflant derrière un pseudonyme<sup>4</sup>. Sous couvert d'arguments juridiques se réduisant le plus souvent à l'idée qu'un principe fondamental reconnu par les lois de la République rendait inconstitutionnelle la loi autorisant le mariage homosexuel<sup>5</sup>, ces professeurs ont surtout voulu s'élever contre pareil texte au motif que ledit mariage entre personnes de même sexe serait « de nature à traumatiser l'intimité des structures personnelles et familiales de la population française »<sup>6</sup>. Ainsi en est-on venu à dissimuler l'intention *jus*-politique en avançant que l'on n'écrivait « ni en politique, ni en religieux, ni en sociologue, mais en juriste d'aujourd'hui »<sup>7</sup>; ainsi a-t-on essayé de « techniciser les enjeux philosophiques pour mieux offrir à ses propres convictions éthiques le sceau de la vérité »<sup>8</sup>. Très critiques, loin de toute approche du problème en cause objective et à finalité descriptive et explicative, les auteurs en question ont dénoncé le fait que la nouvelle devise de la République serait « tout se vaut, rien ne vaut »<sup>9</sup>, ont dénoncé

<sup>1</sup> Cf. R. GARRON, « Un exemple d'erreur de méthode : la loi sur le "mariage pour tous" », *RRJ* 2014, p. 1625 s.

<sup>2</sup> P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, S. HENNETTE-VAUCHEZ, É. MILLARD, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du droit" ? », *D.* 2013, p. 784.

<sup>3</sup> Par exemple, Ph. MALAURIE, « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP G* 2012, n° 1096 ; P. DELVOLVÉ, « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro* 8 nov. 2012.

<sup>4</sup> Lucie CANDIDE, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.* 4 oct. 2012, p. 7 s.

<sup>5</sup> Notamment, F.-X. BRÉCHOT, « La constitutionnalité du "mariage pour tous" en question », *JCP G* 2012, doctr. 1388 ; A.-M. LE POURHIET, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF* 2013, n° 5 ; J. ROUX, « Le "mariage pour tous" et la Constitution : La méthode et le fond (Réponse à Alexandre Viala) », *RDLF* 2013, n° 6.

<sup>6</sup> L. CANDIDE, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.* 4 oct. 2012, p. 7.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>8</sup> A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, n° 4.

<sup>9</sup> A.-M. LE POURHIET, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF* 2013, n° 5.

« le positivisme “éclairé” qui prétend écrire dans le Code civil que deux hommes ou deux femmes peuvent se marier, ou dans le Code de l’urbanisme que la terre est plate, ou dans une directive communautaire que les vaches sont carnivores »<sup>1</sup>.

Selon l’opinion éminemment politique, éminemment idéologique même, et fort peu scientifique de ces chercheurs en droit aspirant à justifier l’inconstitutionnalité d’une loi autorisant le mariage des couples homosexuels, « il est bien évident que la République n’a pas créé l’hétérosexualité du mariage qui est intemporelle et universelle ; elle se borne à la reconnaître »<sup>2</sup>. Cette hétérosexualité nécessaire du mariage serait « une norme anthropologique immémoriale et universelle, “la plus vieille coutume de l’humanité” selon la belle formule de Jean Carbonnier »<sup>3</sup>. L’argument du PFRLR précité était d’ailleurs proche d’être un argument de droit naturel<sup>4</sup> ; et d’aucuns pouvaient citer Portalis qui expliquait que « les rédacteurs du Code [civil] ont cherché dans les indications de la nature le plan du gouvernement de la famille »<sup>5</sup>. Mais, à l’aune de l’état du droit constitutionnel positif, cet argument du PFRLR ne convainquait guère<sup>6</sup>.

La posture consistant à chercher à faire passer pour des arguments rationnels d’experts ce qui ne sont que des arguments politiques, que l’expression d’opinions teintées d’idéologie, n’est pas sans évoquer les analyses de Pierre Bourdieu lorsque celui-ci dénonçait « le tour de passe-passe [...] par lequel le juriste donne comme fondé *a priori* déductivement quelque chose qui est fondé *a posteriori* opportunément »<sup>7</sup>. Et d’autres professeurs d’observer que le discours de leurs collègues animés par l’intention de s’élever d’une façon ou d’une autre contre un projet de loi en profitant des tribunes auxquelles ils ont accès peut reposer « sur la

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> J. ROUX, « Le “mariage pour tous” et la Constitution : La méthode et le fond (Réponse à Alexandre Viala) », *RDLF* 2013, n° 6. Citation de J. CARBONNIER, *Droit civil – La famille*, 20<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Thémis, 1999, p. 368.

<sup>4</sup> Cf. A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu’elle veut qu’il dise », *RDLF* 2013, n° 4.

<sup>5</sup> Cité par P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Videcoq, p. 486.

<sup>6</sup> En effet, mis de côté le cas particulier des principes mettant en cause la juridiction administrative, tous les PFRLR consacrés jusque-là ont permis la promotion de nouveaux droits et libertés : liberté d’association, droits de la défense, liberté de l’enseignement, indépendance des professeurs d’université, aménagement spécifique de la justice pénale pour les mineurs, etc. À l’inverse, l’affirmation du caractère hétérosexué du mariage s’inscrit plutôt dans le registre de l’interdiction voire, selon certains, de la discrimination (X. DUPRÉ DE BOULOIS, D. ROMAN, « Le mariage, Napoléon et la Constitution », *Le Figaro* 18 nov. 2012 ; D. ROUSSEAU, « Le “mariage pour tous” relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. Pal.* 12 déc. 2012, p. 5 s. ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l’agrégée des facultés de droit », *RDLF* 2013, n° 23).

<sup>7</sup> P. BOURDIEU, « Les juristes, gardiens de l’hypocrisie collective », in F. CHAZEL, J. COMMAILLE, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1991, p. 95 (cité par X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l’agrégée des facultés de droit », *RDLF* 2013, n° 23).



conviction que le Code civil traduirait une réalité anthropologique, historique, voire biologique. Autrement dit, ce discours tend à naturaliser les règles, à assimiler *Sein* et *Sollen* »<sup>1</sup>. Et d'autres encore de profiter des mêmes tribunes pour s'élever très directement contre cette politique juridique aux allures de « croisade »<sup>2</sup>, qui conduit à prendre des « libertés avec l'éthique du juriste universitaire »<sup>3</sup> :

*Oui, le projet de loi implique un bouleversement profond du droit, du mariage et, surtout, de la parenté. C'est son objet même et il ne saurait dès lors être critiqué pour ce seul motif. Toute intervention législative en matière civile nous éloigne du code Napoléon, comme toute révision constitutionnelle déjoue les intentions de nos "pères fondateurs". Être professeur de droit n'autorise pas pour autant à "parler au nom du droit" et à s'opposer, par principe, aux bouleversements du droit positif, et moins encore [sic] aux évolutions du droit du mariage ou de la parenté. [...] Sans même défendre le projet de loi que l'Assemblée nationale a voté — car, précisément, une telle défense ressort des convictions politiques et morales de chacun —, il convient donc de dénoncer la méthode fallacieuse utilisée par nos collègues qui consiste à se fonder sur leur qualité de "juristes" pour dire ce qui est bien et ce qu'il faut penser. [...] Juristes, taisons-nous ! Laissons le législateur faire son travail et ne donnons pas à l'avenir la couleur de nos propres angoisses.*<sup>4</sup>

Certains juristes-universitaires ont ainsi accepté de « se taire », d'autres non<sup>5</sup>. Reste qu'il faut constater l'existence de cette branche spéciale de la recherche juridique qu'est la politique juridique. Il ne s'agit pas, en ces lignes, de dénoncer l'existence de la politique juridique, qui serait contre-nature ou, pire, dangereuse<sup>6</sup>,

<sup>1</sup> X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *RDLF* 2013, n° 23.

<sup>2</sup> A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, n° 4.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, S. HENNETTE-VAUCHEZ, É. MILLARD, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du droit" ? », *D.* 2013, p. 784 s. Les auteurs notent aussi que « tout un chacun peut le vérifier, aucun des arguments de nos "résistants" [...] n'est finalement juridique. Il s'agit au contraire d'affirmations morales qui essentialisent des catégories juridiques dans le but d'empêcher ou de faire apparaître comme impossibles les modifications du droit positif voulues par le législateur. On nous ressert, réchauffé, le plat des "catégories anthropologiques fondamentales", que l'on arrose d'une rhétorique pseudo-psychanalytique en vue de nous le rendre plus appétissant (l'enfant doit « se construire par référence à un père et une mère »). Mieux encore, on l'agrément de d'une dénonciation des méfaits de la logique libérale, qui n'est, comme par hasard, jamais aussi néfaste que lorsqu'elle touche les mœurs mais reste bien souvent la seule possible lorsqu'il s'agit de l'économie, du travail et de l'entreprise » (*ibid.*).

<sup>5</sup> B. DAUGERON, A.-M. LE POURHIET, J. ROUX, Ph. STOFFEL-MUNCK, « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns », *D.* 2013, p. 933 s.

<sup>6</sup> On observe, notamment, que, « alors qu'il incombe à la science du droit de recenser les diverses interprétations possibles que le juge est susceptible de retenir de sa lecture des textes juridiques, voilà la doctrine qui opère un choix entre ces différentes options tout en prétendant qu'il sera celui qu'effectuera le juge. Dans le moment même où elle est réputée délivrer ce que Kelsen appelait une interprétation scientifique, c'est-à-dire un recensement descriptif des choix possibles du juge quant à la signification qu'il s'agira de prêter aux textes juridiques, elle pratique indûment l'office du juge en exprimant elle-même ce choix — ni vrai ni faux — qui n'est rendu public, pour user encore du vocabulaire kelsénien, qu'au stade de l'interprétation authentique au terme d'une décision de justice. Ce faisant, comme elle n'a

mais de constater l'existence de la politique juridique, de constater que nombre d'acteurs de la communauté *jus*-universitaire usent de leur savoir « non pas comme des savants mais comme des juges dont les décisions n'énoncent ni des vérités ni des mensonges mais des verdicts souverains »<sup>1</sup>.

***L'objet de la politique juridique : discuter, critiquer et proposer le droit positif***

Les polémiques *jus*-universitaires ayant entouré la future loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe est une illustration paroxystique, mais elle n'est qu'une illustration parmi d'autres. Pour ne prendre que quelques exemples supplémentaires, le projet REGINE (Recherche et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe), se proposant d'« ancrer la théorie féministe du droit dans le paysage de la recherche juridique française et de montrer que les inégalités de genre ne se donnent pas seulement à voir dans le droit mais sont également produites par le droit »<sup>2</sup>, relève certainement de la politique juridique plus que d'une science du droit. Cette politique juridique est également à l'œuvre quand un *jus*-universitaire cosigne, en tant que « professeur de droit », un article sur « les liens entre pouvoir et violences sexuelles » invitant la société à « rompre avec la tendance historique que nous avons de définir toutes les questions de sexe comme des questions privées » et à mettre ainsi un terme à l'indulgence dont jouissent les « hommes à femmes », avant de conclure que « les démocraties paritaires doivent se redéfinir sur ces bases »<sup>3</sup>. Est à l'identique en cause la politique juridique lorsqu'un autre *jus*-universitaire signe, en cette qualité, une « pétition contre l'intitulé du ministère de l'immigration et de l'identité nationale », dont les promoteurs

---

que le statut de la science du droit et qu'elle est réputée ne délivrer qu'une interprétation scientifique, elle entretient dangereusement l'illusion qu'une seule interprétation possible est connaissable et s'impose au juge avec la force de l'évidence. En un mot, elle répand l'idée que, loin d'être un acte de volonté soustrait à toute rationalité scientifique, l'interprétation authentique du juge constitutionnel serait un acte de pure connaissance que la doctrine l'aiderait à accomplir. Un renversement contre nature s'opère alors entre les rôles respectifs de la doctrine et du juge : voilà maintenant que la première prescrit ce que le second est invité à découvrir. Voilà nos collègues, dénués de tout scrupule déontologique, prescrivant au Conseil constitutionnel ce qu'il doit hisser au rang constitutionnel en érigeant leur propre interprétation des lois républicaines en standard objectif de validité constitutionnelle. [...] La source objective de la constitutionnalisation résidant exclusivement dans la discrétionnaire intervention du Conseil constitutionnel, toute opinion doctrinale prédéterminant ce qui jaillira de cette source n'est rien d'autre qu'une proposition subjective de norme que nul ne peut, sauf à commettre le fameux sophisme jusnaturaliste, ériger en standard objectif de référence » (A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, n° 4).

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> [en ligne] <regine.u-paris10.fr>.

<sup>3</sup> *Libération* 18 mai 2011 (cité par B. DAUGERON, A.-M. LE POURHIET, J. ROUX, Ph. STOFFEL-MUNCK, « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns », *D.* 2013, p. 933).



« demandent solennellement au Président de la République de revenir à des choix plus conformes aux traditions démocratiques de la République française »<sup>1</sup>.

Les chercheurs en droit adeptes de la politique juridique peuvent donc, à mille lieues des considérations objectives d'ordre technico-juridique, en venir à soulever « l'argument sémantique que lorsqu'un mot d'une langue a été conçu pour décrire un fait, il se pose une réelle question rationnelle et intellectuelle sur l'usage possible du même mot pour désigner soudain le fait contraire. On s'abstiendra d'invoquer ici l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, mais il n'en demeure pas moins que l'application du terme de "mariage" à deux hommes ou deux femmes soulève une sérieuse question de logique rationnelle et universelle »<sup>2</sup>. Et de commenter dans le même sens : « Si les députés démocrates-chrétiens qui ont déposé à l'assemblée constituante de 1946 leur amendement sur les PFRLR visant la protection de l'enseignement confessionnel se voyaient ainsi enrôlés au service de l'idéologie soixante-huitarde du "vivre sans contraintes et jouir sans entraves", ils se retourneraient assurément dans leurs tombes ! Il est d'ailleurs piquant que ceux qui défendent le mariage gay au nom de cette idéologie relativiste du "chacun ses valeurs" n'hésitent pas à prôner parallèlement l'enseignement d'une "morale républicaine" à l'école, laquelle comporte, entre autres, l'apprentissage forcé des "valeurs" gay et de l'idéologie du genre, tandis que le Code pénal s'enrichit chaque jour de nouvelles incriminations liberticides tendant à réprimer l'expression d'opinions contraires aux nouvelles valeurs "imposées" ».

Il est évidemment impossible de rattacher pareils propos à la science du droit positif ou à toute autre science du droit. Il faut distinguer le commentaire explicatif, du chercheur s'adonnant à une science du droit, et le commentaire critique, propre au chercheur s'adonnant à la politique juridique. Les sciences du droit ont pour objet de chercher, de décrire et d'expliquer le droit, tandis que la politique juridique consiste à discuter, à critiquer et à proposer le droit. Les premières visent à connaître le droit ; la seconde vise à influencer le droit, à influencer l'évolution des normes positives législatives ou jurisprudentielles. Les discours *jus*-scientifiques ne comportent que des assertions susceptibles d'être vraies ou fausses ; les discours *jus*-politiques sont faits d'opinions et de propositions plus ou moins teintées d'idéologie mais toujours subjectives et discutables.

Qualifier le droit positif de droit qui « mutile l'identité »<sup>3</sup>, c'est l'aborder sous l'angle de la politique juridique ; constater que le droit positif autorise le mariage civil des couples de personnes de même sexe, sans autre forme de procès, peu important qu'on soit « pour ou contre » à titre personnel, c'est l'aborder sous l'angle de la science juridique.

<sup>1</sup> *Libération* 22 juin 2007 (cité par B. DAUGERON, A.-M. LE POURHIET, J. ROUX, Ph. STOFFEL-MUNCK, « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns », *D.* 2013, p. 933).

<sup>2</sup> A.-M. LE POURHIET, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF* 2013, n° 5.

<sup>3</sup> B. DAUGERON, A.-M. LE POURHIET, J. ROUX, Ph. STOFFEL-MUNCK, « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns », *D.* 2013, p. 933.

Reste que la politique juridique est la branche de la recherche juridique à laquelle l'étiquette de « recherche juridique » s'applique le moins naturellement, car une « recherche à caractère politique » est proche de constituer une contradiction dans les termes.

### **Politique juridique et droit politique**

Avec les sciences du droit, il s'agit « uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est »<sup>1</sup>, étant accepté que le juriste a en charge de « connaître le droit pour ainsi dire du dehors et, sur la base de cette connaissance, de le décrire [et] de l'analyser »<sup>2</sup>. Mais il n'est pas inconséquent, bien que cette attitude soit moins naturelle parmi des facultés de droit qui sont entrées dans l'ère moderne en s'émancipant du monde politique<sup>3</sup>, de chercher à « dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait »<sup>4</sup>. À travers ses rapports annuels, le Conseil d'État se met « au service d'une réflexion sur la cohérence, la complétude, la pertinence et l'effectivité de notre ordonnancement juridique face aux mutations, toujours plus profondes, de nos modes de vie »<sup>5</sup>. C'est aussi ce que fait tout juriste dès lors qu'il décide de s'insérer dans un espace de politique juridique.

Par suite, il importe de séparer la politique juridique du droit politique, lequel est une branche du droit positif et peut parfaitement être étudié dans le cadre d'une science du droit. De plus en plus de professeurs comprennent le droit et invitent leurs étudiants à comprendre le droit en tant qu'expression et encadrement normatifs des activités politiques plus qu'en tant qu'ensemble d'instruments techniques dont la fin serait de permettre l'application des normes juridiques générales à des cas particuliers<sup>6</sup>. Tel était déjà le cas de Gaston Jèze au début du XX<sup>e</sup> s.<sup>7</sup>. Seulement cet objet qu'est le droit politique, droit applicable au pouvoir, à la prise de décision et au processus d'édition du droit<sup>8</sup>, n'a-t-il rien en commun avec le cadre

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 9.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Ph. RAYNAUD, « Anciens et modernes », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 47.

<sup>4</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 9.

<sup>5</sup> J.-M. SAUVÉ, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 5.

<sup>6</sup> Ch. GUSY, « Considérations sur le “droit politique” », *Jus Politicum* 2008, n° 1, p. 9.

<sup>7</sup> G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, Berger-Levrault, 1904 (cité par O. BEAUD, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum* 2013, n° 11, p. 26).

<sup>8</sup> Ch. GUSY, « Considérations sur le “droit politique” », *Jus Politicum* 2008, n° 1, p. 2-3. Sont proposées de multiples définitions du « droit politique ». Par exemple, un auteur retient que « le droit considéré dans la relation que les organes politiques entretiennent avec l'ensemble des sujets, telle pourrait être la définition d'un droit politique. [...] La reconnaissance et le désaveu sont les véritables objets du droit politique. [...] Si la reconnaissance collective est ce qui fait le droit, la norme, prise en elle-même, importera moins pour

épistémologique qu'est la politique juridique : le droit politique peut être abordé sous un angle *jus*-scientifique autant que sous un angle *jus*-politique, comme le droit constitutionnel peut être envisagé sous l'un et sous l'autre angle<sup>1</sup>. Rechercher objectivement et empiriquement quels choix politiques se cachent derrière les normes en vigueur est incomparable au fait de proposer de traduire de nouveaux choix politiques par de nouvelles normes positives. D'ailleurs, un défenseur de ce droit politique ne manque pas d'en faire une « entreprise de la science juridique cherchant à renouer avec la dimension politique qui lui est consubstantielle »<sup>2</sup>.

L'intention d'aborder un objet juridique du point de vue de la politique juridique est donc sans rapport avec le droit politique. Elle est également sans rapport avec le droit constitutionnel<sup>3</sup>, même si une part non négligeable des normes interrogées *jus*-politiquement appartient à cette branche du droit. En revanche, la distinction du « jurisconsulte » et du « légiste »<sup>4</sup>, elle, semble bien correspondre à la séparation de la science et de la politique juridiques.

---

le droit politique que la façon dont elle est admise ou récusée, comprise, discutée, décrite par les organes politiques et les sujets de l'État. La règle, en un mot, importe moins que les termes de sa réception » (C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum* 2008, n° 1, p. 2-3 et 5-6). Le « droit politique » serait donc à rapprocher de la sociologie du droit et ne désignerait pas une branche du droit mais un mode d'étude du droit. Selon un autre auteur, le « droit politique » s'attacherait aux « normes dont la validité ou l'application demeure politiquement contestée. [...] La problématique centrale du droit politique est celle de la légitimation » (Ch. GUSY, « Considérations sur le "droit politique" », *Jus Politicum* 2008, n° 1, p. 8 et 10). Et un troisième auteur de voir dans le « droit politique » une discipline cherchant à répondre aux questions « qu'est-ce que gouverner ? » et « comment gouverne-t-on ? » (A. LE DIVELLEC, « Jus Politicum : le droit ressaisi par la politique », [en ligne] <nonfiction.fr>, 2011).

<sup>1</sup> Le « droit politique » est proche du droit constitutionnel. On explique ainsi que « le premier domaine concevable du droit politique est le droit de l'organisation et de l'institutionnalisation des processus politiques. En relèvent les constitutions, mais aussi d'autres lois importantes qui précisent et concrétisent des données du politique » (Ch. GUSY, « Considérations sur le "droit politique" », *Jus Politicum* 2008, n° 1, p. 7). Et on précise que « ces sujets — que l'on appelle traditionnellement, en Allemagne, la constitution au sens matériel — touchent d'abord à l'État, dont l'action est dans une large mesure politique. Mais il importe d'ajouter immédiatement que, particulièrement dans les démocraties, le processus politique dépasse de beaucoup le secteur étatique et s'étend à des pans importants de la formation de l'opinion dans la société civile [...]. Le Politique n'est donc pas seulement l'étatique » (*ibid.*). Et reste ce constat : « Les critères du Politique sont vagues, si bien que les critères du droit politique le sont également » (*ibid.*, p. 9).

<sup>2</sup> A. LE DIVELLEC, « Jus Politicum : le droit ressaisi par la politique », [en ligne] <nonfiction.fr>, 2011.

<sup>3</sup> Par exemple, on note que « les rapports entre Internet et le droit constitutionnel ont été peu explorés » (P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489). Une thèse de doctorat a cependant été consacrée à cette thématique en 2008. Son auteur s'inscrit dans un cadre *jus*-politique lorsqu'il propose de faire des « droits du développement numérique » une « quatrième génération de droits constitutionnels » (M.-Ch. ROQUES-BONNET, *La Constitution et l'internet*, th., Université Toulouse I - Capitole, 2008).

<sup>4</sup> O. BEAUD, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum* 2013, n° 11, p. 3.

Il paraît inévitable d'envisager la politique juridique en tant que quatorzième et dernière branche de la recherche juridique tant son particularisme est profond, tant elle ne partage que peu avec les autres branches. Simplement peut-elle être rapprochée de la légistique et de la philosophie du droit. Pour le dire en recourant à quelques analogies, la politique juridique est au micro-droit ce que la philosophie juridique est au macro-droit ; et elle est au fond du droit ce que la légistique est à la forme du droit.

### ***Orientations et illustrations bibliographiques***

- ACCOLAS E., *Nécessité de refonte de l'ensemble de nos Codes et notamment le Code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, Librairie Centrale, 1866
- ANCEL P., « Le Dalloz, source du droit », *RRJ* 2006, p. 453 s.
- ATIAS Ch., « Debout les ouvriers du droit ! Autorité et poids de la doctrine », in *Mélanges Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 361 s.
- AUBERT J.-L., « Pour des rébellions constructives », *RTD civ.* 1992, p. 338 s.
- AUDREN F., KARSENTI B., « Emmanuel Levy (1871-1944) : juriste, socialiste et sociologue », *Dr. et société* 2004, p. 75 s.
- BEAUD O., « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum* 2013, n° 11
- BÉNABENT A., « Doctrine ou Dallas ? », *D.* 2005, p. 852 s.
- BERNAUDEAU V., « Les enseignants de la faculté libre de Droit d'Angers – Entre culture savante et engagement militant (fin XIX<sup>e</sup>-début XX<sup>e</sup> siècles) », *Mil neuf cent – Revue d'histoire intellectuelle* 2011, n° 29, p. 99 s.
- BOULAIRE J., « François Gény et le législateur », in HAKIM N., MELLERAY F., dir., *Le renouveau de la doctrine française – Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, p. 69 s.
- BOURDIEU P., « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in CHAZEL F., COMMAILLE J., dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1991, p. 95 s.
- BRAIBANT G., « Pour une grande loi », *Pouvoirs* 1991, n° 56, p. 112 s.
- BRÉCHOT F.-X., « La constitutionnalité du "mariage pour tous" en question », *JCP G* 2012, p. 1388 s.
- BRUN Ph., « Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 73 s.
- BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V., HENNETTE-VAUCHEZ S., MILLARD É., « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du droit" ? », *D.* 2013, p. 784 s.
- CANDIDE L., « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.* 4 oct. 2012, p. 7 s.
- CANIVET G., « La Cour de cassation et la doctrine – Effets d'optique », in *Mélanges Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 373 s.
- CHEVALLIER J., « Doctrine juridique et science juridique », *Dr. et société* 2002, p. 103 s.
- CROZIER M., *État modeste, État moderne : stratégies pour un autre changement*, 3<sup>e</sup> éd., Fayard, 1997
- DAUGERON B., LE POURHIET A.-M., ROUX J., STOFFEL-MUNCK Ph., « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns », *D.* 2013, p. 933 s.
- DE BÉCHILLON D., « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD civ.* 2002, p. 47 s.
- DECOCQ G., « Réflexions sur l'influence doctrinale », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 111 s.
- DELVOLVÉ P., « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro* 8 nov. 2012
- DEUMIER P., « Autopsie d'une polémique : la QPC, la Cour de cassation et la doctrine », in *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruylant (Bruxelles), 2013, p. 171 s.
- DEUMIER P., « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ? », *RTD civ.* 2006, p. 63 s.
- DEUMIER P., « Les autorités des doctrines », in FOYER J., LEBRETON G., PUIGELIER C., dir., *L'autorité*, Puf, coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2008, p. 291 s.
- DIENER P., « Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires », *D.* 1997, p. 147 s.
- Droit et société* 2005/2, « Savoirs académiques, savoirs pour l'action ? »
- DUPRÉ DE BOULOIS X., ROMAN D., « Le mariage, Napoléon et la Constitution », *Le Figaro* 18 nov. 2012
- DUPRÉ DE BOULOIS X., « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *RDLF* 2013, n° 23
- ENCINAS DE MUNAGORRI R., « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2006, p. 505 s.
- ESMEIN A., « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p. 5 s.
- GARRON R., « Un exemple d'erreur de méthode : la loi sur le "mariage pour tous" », *RRJ* 2014, p. 1625 s.

- GAUDREAULT-DESBIENS J.-F., « La critique économiste de la tradition romano-germanique », *RTD civ.* 2010, p. 683 s.
- GAUTIER P.-Y., « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003, p. 2839 s.
- GRUMBACH T., « Doctrine et déontologie », *Dr. soc.* 1999, p. 323 s.
- GUENZOUY Y., « Les querelles doctrinales », *RTD civ.* 2013, p. 47 s.
- GUENZOUY Y., « Un conflit de doctrines – Doctrine universitaire *versus* Doctrine de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2014, p. 275 s.
- GUSY Ch., « Considérations sur le “droit politique” », *Jus Politicum* 2008, n° 1
- GUTMANN D., « La fonction sociale de la doctrine », *RTD civ.* 2002, p. 455 s.
- HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926
- HERRERA C. M., « Anti-formalisme et politique dans la doctrine juridique sous la III<sup>e</sup> République », *Mil neuf cent – Revue d'histoire intellectuelle* 2011, n° 29, p. 145 s.
- JAMIN Ch., JESTAZ Ph., *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004
- JAMIN Ch., JESTAZ Ph., « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTD civ.* 2002, p. 1 s.
- JESTAZ Ph., « Déclin de la doctrine ? », *Droits* 1994, n° 20, p. 93 s.
- JESTAZ Ph., « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche) », *RTD civ.* 2001, p. 547 s.
- JÈZE G., « L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français », *Arch. phil. droit* 1932, p. 135 s.
- LE POURHIET A.-M., « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF* 2013, n° 5
- LIBCHABER R., « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTD civ.* 2000, p. 679 s.
- LIBCHABER R., « Une transformation des missions de la doctrine », *RTD civ.* 2002, p. 608 s.
- LOCHAK D., « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Puf, 1989, p. 253 s.
- MAGNON X., « En quoi le positivisme — normativisme — est-il diabolique ? », *RTD civ.* 2009, p. 269 s.
- MALAURIE Ph., « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP G* 2012, n° 1096
- MAZEAUD D., « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence », in *Mélanges Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 329 s.
- MAZEAUD H., « Défense du droit privé », *D.* 1946, p. 17 s.
- MOLFESSIS N., « Les prédictions doctrinales », in *Mélanges François Terré*, Dalloz-Puf-Jurisclasseur, 1999, p. 141 s.
- MORIN G., « Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif », *Arch. phil. droit* 1934, p. 63 s.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., « De la scène au balcon – D'où vient la science du droit ? », in CHAZEL F., COMMAILLE J., dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et société, 1991, p. 67 s.
- PIMENTEL C.-M., « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum* 2008, n° 1
- RIVERO J., « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », in EDCE 1955, p. 27 s.
- ROME F., « La doctrine aboie, la Cour de cassation passe... », *D.* 2011, p. 1273 s.
- ROUSSEAU D., « Le “mariage pour tous” relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. Pal.* 12 déc. 2012, p. 5 s.
- ROUX J., « Le “mariage pour tous” et la Constitution : La méthode et le fond (Réponse à Alexandre Viala) », *RDLF* 2013, n° 6
- SUPIOT A., « Ontologie et déontologie de la doctrine », *D.* 2013, p. 1421 s.
- THIREAU J.-L., « Le jurisconsulte », *Droits* 1994, n° 20, p. 24 s.
- TRICOT D., « La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions », *Droits* 1994, n° 20, p. 116 s.
- VIALA A., « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, n° 4
- ZENATI F., « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15 s.