

## De la légitimité des normes et de son contrôle

D. Mainguy

Professeur à la faculté de droit de Montpellier

### 2010 : article non publié

1. – Le terme « légitimité », notamment lorsqu'il est associé au concept de norme ou de règle est ambiguë dans la mesure où, emprunté aux discours de la théorie du droit, de la philosophie du droit mais aussi de la technique juridique, il évoque des idées ou des réalités différentes (1). Il renvoie en premier à une considération supra-légale de l'appréciation de la loi, de la norme. Ainsi, on peut estimer dire que telle règle, telle de ses applications est ou non légitime ce qui en général révèle une appréciation de la légalité, de la qualité ou de l'exactitude de cette règle. C'est un sens très récent du moins en droit français officiel. Si la suprématie du concept de loi moderne date en effet de la Révolution française qui mit en œuvre la pensée de Rousseau, elle s'envisageait alors comme *naturellement* légitime, ce qui posait difficulté notamment au regard du principe d'obéissance aux lois et de celui selon lequel « *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société* » (DDH, art. 5). Le contrôle du « nuisible », entendu ici comme équivalent à « non légitime » était cependant un autocontrôle, non réalisé dans les faits, jusqu'à ce qu'un contrôle réel de la constitutionnalité d'une loi apparaisse, en 1958 et plus sûrement en 1971. Le terme renvoie également à une appréciation politique d'une action ou d'une situation. Le président de la République, le Roi autrefois, sont légitimes, par le fait de l'élection, du sacre ou de l'hérédité à compter du XII<sup>ème</sup> siècle, le législateur est légitime dans son rôle de créateur de loi, le juge est légitime dans le sien, la doctrine à critiquer ou encenser. Il s'agit ici d'envisager la légitimité comme une conformité politique ou morale d'une situation de droit ou de fait à une situation juridique qui elle-même fait consensus. On admettra assez rapidement que ces deux conceptions de la légitimité sont radicalement différentes, l'une est rationnelle, théorique, et l'autre est empirique et qu'elles recouvrent les deux grandes conceptions du droit au cours des siècles, la conception idéaliste et la conception réaliste ou historique. En outre l'une prône une légitimité objective en quelque sorte : la loi est légitime parce que c'est la loi, tandis que l'autre suppose un référant de légitimité auquel est comparée la situation observée. Il est beaucoup plus difficile d'envisager et *a fortiori* d'admettre la place d'une « légitimité » fondée sur des bases éthiques ou morales ou sur le constat de l'acceptation de la règle, c'est-à-dire de dépasser le constat d'une légitimité générale et permanente pour envisager son application au cas concret empruntant à tous les ressorts de la légitimité : juridique, économique, historique, moral, etc., c'est-à-dire encore d'envisager un processus pérenne de discutabilité de la norme sur le fondement de sa légitimité. Autre encore est la question des légitimités spontanées ou presque, comme les politiques en matière de défense de l'environnement depuis la conscience d'un changement climatique, ou de lutte contre le terrorisme depuis le 11 septembre 2001, etc., ou bien les déclinaisons techniques du terme, par exemple lorsqu'une règle envisage une « durée » ou un « motif » légitimes, lesquelles renvoient plus globalement à la notion de standard juridique.

---

1 Cf. J. Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, 1997 ; adde *Habermas et le droit*, n<sup>o</sup>sp. RDP 2007, p. 1476 s.

2. – Tenter une théorie de la légitimité qui serait globale, en tant qu'elle prendrait en compte les aspects techniques de la légitimité (durée légitime, ex-filiation légitime, légitime défense, etc.) et ses aspects théoriques au sens large, de la philosophie du droit à la sociologie voire la psychologie juridique, paraît vaine en raisons des distances conceptuelles à franchir et du peu d'intérêt qu'il y a à rassembler les exemples de motifs légitimes avec la question de la légitimité de telle règles présentée devant le Conseil constitutionnel. Au fond trois fondements de la légitimité sont concevables : une règle est légitime parce qu'elle relève de la tradition (coutume ou commandement divin) et ce faisant prélibérale, parce qu'elle est décidée par une forme démocratique ce qui fonde la légalité-légitimité, ou encore parce qu'elle correspond à une utilité.

En revanche, l'actualité juridique et judiciaire conduit à envisager la question de la légitimité du point de vue des normes et de la corrélation, ou son absence, entre l'hypothèse de la légalité des normes et celle de leur légitimité, en vue de l'ébauche d'une telle théorie de la légitimité. En effet, le renouvellement de la réflexion en matière de contrôle de conformité des lois, telle qu'elle a aboutit à la réforme constitutionnelle de 2009 et la fameuse « Question prioritaire de constitutionnalité » invite à une formulation ou une reformulation de cette question.

Cette approche est complexe, voire impossible *a priori*, essentiellement en raison du primat de la légalité, telle qu'elle est postulée, notamment, par la théorie du droit. Les théoriciens du droit kelséniens proposent un regard neutre sur le droit. Ils présentent une simple description du système juridique, indépendant de toute valeur, axiologiquement neutre dans le langage des théoriciens du droit. Il s'agit en effet pour eux d'étudier le droit indépendamment de ses sources et surtout de tout concept moral ou prétendu tel. Ce faisant, il s'agit de tenter une présentation « scientifique » du droit ; « scientifique » mais non nécessairement mécanique au sens où Rousseau et les Révolutionnaires français concevaient la loi et la théorie du juge automate. Cette conception vise à déterminer les frontières du droit, indépendamment du contenu des règles, et indépendamment de leur légitimité, laquelle est supposée renvoyer au droit naturel, concept considéré comme trop mouvant parce qu'il renvoie à une conception morale ou transcendante du droit de sorte que la légitimité des règles est déduite de la légitimité de la théorie qui les décrit. Il s'agit ainsi de discriminer les propositions juridiques des propositions non juridiques.

A l'inverse, les philosophes du droit sont réputés pour proposer un système prescriptif, c'est-à-dire que le contenu du droit ne leur est pas indifférent, de telle manière que leur attrait pour des propositions considérées comme non juridiques par les théoriciens du droit, disons la morale pour simplifier, est supposé exercer une influence sur le contenu du droit, où la question de légitimité est plus présente. La théorie du droit s'intéresse ainsi au droit tel qu'il est, et la philosophie du droit au droit tel qu'il devrait être. C'est une distinction propre à la théorie du droit, qui rassemble les positivistes, et réfutée par les philosophes du droit, qui ne se réduisent pas au jusnaturalisme, à l'« obscurantisme moral et l'approximation conceptuelle » (2). En effet et sans entrer dans le détail de l'argumentation, toute approche juridique est par essence politique et volontariste, y compris la théorie du droit. Il en résulte que la philosophie du droit longtemps assimilée à la philosophie morale ou aux droit naturels car ils sont nombreux, du droit décrit par Platon ou Aristote, celui de Saint-Augustin, celui de Saint Thomas d'Aquin et de Guillaume d'Occam et le passage à la nature divine, celui des Ecoles de droit du Moyen-âge qui créent un droit français à partir du droit romain, du droit

---

2 Cf. X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, n°23.

canonique et des droits coutumiers, l'École du droit naturel des Lumières, les Ecoles historiques, les théories de la justice américaines, etc. De dieu à la Raison, de l'impératif au discuté ou à l'optatif, il y a mille façons de présenter une philosophie du droit, une critique du droit.

3. – Une théorie ou une philosophie du droit proposent en outre une analyse qui se présente autour de trois aspects principaux (3). Le premier est une théorie de la norme, ou de la législation, laquelle suppose une analyse de la légitimité de la norme ; le deuxième est une théorie de la décision judiciaire, qui suppose une théorie du processus décisionnel (pourquoi, comment les juges appliquent le droit, et quel droit) et une théorie de l'interprétation ; le troisième, enfin, est une théorie de l'obéissance, c'est-à-dire une réponse à la question « pourquoi obéit-on aux lois ».

L'ensemble est lié, l'obéissance aux règles de droit suppose déterminés les critères de leur juridicité, la valeur du processus décisionnel, mais aussi, et peut-être surtout, le critère de légitimité de cette obéissance. C'est sans doute la raison pour laquelle la théorie du droit s'attache tant et si peu à la question de la légitimité de la règle, de la norme juridique. Tant d'une part, parce que la question de la légitimité est essentielle ; si peu parce qu'elle est souvent postulée, comme un acquis indiscutable, parce qu'à défaut, il suffirait de discuter systématiquement la valeur de la règle et ce serait le principe de l'obéissance aux lois qui en pâtirait. De ce point de vue, l'émergence d'un critère de légitimité peut être présenté tout à la fois comme un renfort de la loi – celle-ci est plus solide si elle est plus légitime – et comme un élément de subversion – la critique de la légitimité de la loi ne peut pas être objective et entrave le bon fonctionnement de l'application des lois –. La question de la légitimité ne peut être de ce point de vue que le résultat d'une politique judiciaire puisque c'est bien devant le juge que, au final, celle-ci sera discutée.

Il suffit donc d'imposer un système posant comme postulat que la loi est légitime si elle est légale, ce qui est peu ou prou le système français et la conception de la théorie française du droit. L'obéissance aux lois l'emporte donc sur le droit de résistance à la loi injuste... puisqu'il n'y a pas ou ne peut y avoir de loi injuste. Ainsi, la théorie du droit, entendue comme la théorie *positiviste* du droit, ne s'intéresse pas à la valeur du contenu du droit, et le contenu du droit est tout entier laissé à l'étude de la dogmatique juridique. Un positivisme se détermine en effet par le regard neutre qu'il porte, en principe, sur le contenu du droit, fait de propositions juridiques insusceptibles d'être vraies ou fausses. Le théoricien positiviste, quel que soit, en principe, le type de positivisme, entretient ce faisant un rapport assez éloigné avec la pratique du droit, le discours juridique, et se concentre sur la théorie elle-même. Pourtant, il apparaît que, bien souvent, la dogmatique juridique est inséparable de la théorie du droit, dans la mesure où le lien entre les règles qui forment le contenu du droit et le discours sur le droit existe. Par exemple, il n'est pas indifférent pour la dogmatique comme pour la théorie du droit de considérer, ou non, le contenu de la jurisprudence, comme formant, ou non, une partie du droit, ne serait-ce que pour débattre du contenu et de la méthode du droit par exemple lorsque le juge constitutionnel élargit son champ de compétence, comme en 1971, ou bien lorsque le juge judiciaire décide, au rebours du juge administratif, que le préjudice du fait d'être né handicapé peut être réparé, comme dans l'affaire *Perriuche*. Cette question est d'autant moins indifférente que ce lien est assuré par le processus de décision judiciaire, et ce, notamment dans les « cas difficiles » tels

---

3 Cf. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Trad. P. Bourretz, Puf, coll. Leviathan, 1995.

qu'étudiés par Ronald Dworkin (4). De ce point de vue on pourrait donc considérer que la posture simplement descriptive de la théorie du droit est fautive et qu'en toute hypothèse, une théorie est agissante. Enfin, et c'est un point singulier assez peu étudié sinon par Philippe Jestaz et Christophe Jamin (5), le discours produit dans l'un (dogmatique juridique) et l'autre cas (théorie du droit) l'est par les mêmes personnes, ceux qui forment la *doctrine juridique*, de sorte qu'il est assez saisissant d'imaginer que la doctrine est capable de révéler un discours sur le droit (la dogmatique juridique) de manière incohérente avec la théorie du droit qu'elle promeut, et réciproquement.

Il y a pour cette raison un réel paradoxe dans le discours positiviste, notamment normativiste, à se désintéresser des règles de droit proprement dites. Peut-être cela tient-il au fait (à moins que cela en soit la raison) qu'en France la théorie du droit est diffusée par des spécialistes de droit constitutionnel – matière traditionnellement isolée du reste de l'étude du droit pour des raisons essentiellement processuelles – et globalement ignorée en dehors. En effet, le praticien, le juge par exemple, est en permanence confronté à la théorie du droit dans son application technique par exemple face à un problème juridique nouveau alors qu'il lui faut « créer » du droit, par sa décision, et donc s'intégrer, le sachant ou non, dans le processus décisionnel, dans la logique d'obéissance et dans le discours sur la légitimité, donc dans la théorie du droit.

Si par exemple, un problème de responsabilité, nouveau, lui est posé par exemple en termes de causalité, comme dans l'affaire *Perruche*, le juge est bien tenu de trancher le litige, et éventuellement d'interpréter nouvellement une norme voire de créer une norme nouvelle, pourquoi pas d'en appeler à des concepts, des principes, des valeurs non encore émises par une règle préexistante et de s'interroger sur la portée, normative, de sa décision. Inversement, le théoricien du droit ne peut pas avoir un discours totalement neutre sur le droit, étant entendu que le choix de la pensée déterminera, avec plus ou moins d'ampleur, le contenu du droit. Admettre par exemple que le système juridique est entièrement kelsénien conduit à rejeter les normes jurisprudentielles qui ne découlent pas directement d'une norme supérieure et à les exclure du droit avec un succès qui peut-être relatif, puisque, ignorant la jurisprudence, il ignore les ressorts du contrôle judiciaire de cette loi. Ce fut le cas notamment avec la loi de 2004 réputée renverser la jurisprudence *Perruche* et renversée elle-même par des arrêts de 2006 au nom de l'inconventionnalité de la loi. Décrire le système juridique comme réaliste consiste en revanche à « éliminer » les normes législatives au profit des normes décidées par les cours souveraines, etc.

Ce faisant, la question de la légitimité de la norme ou de la décision, est bien soit totalement absente du débat soit au contraire en plein cœur de ce dernier, que ce soit pour la théorie, la philosophie ou la technique du droit.

4. – Les deux moments particuliers d'appréciation de la légitimité d'une norme sont celui de son adoption et celui de son application. L'adoption d'une norme, c'est soit l'adoption d'une norme de type législatif, pour lequel est organisé un certain contrôle de conformité, comme celui de la constitutionnalité de la loi, ou celle d'une norme de type décisionnel, en mettant de côté les normes de type coutumier. Son application s'effectue en continu et c'est plus souvent la *nième* application d'une norme que la première qui pose difficulté, débouchant sur un contrôle *ex post*, qui passera par une décision, décision de contrôle de conformité ou revirement de jurisprudence. La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui semble illustrer cette dualité place cependant au grand jour

---

4 Cf. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit.

5 Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004.

les différences d'analyses qu'on pouvait déceler incidemment auparavant, différences radicales.

5. – Ces différences, et peut-être les problèmes majeurs rencontrés en théorie et en technique, trouvent leur source dans la théorie et/ou dans la technique. Il ne s'agit pas de présenter dans le détail et encore moins de confronter de manière critique les différentes thèses de philosophie ou de théorie du droit positivistes, mais simplement de mettre en lumière la pluralité des théories, à commencer par les positivismes, ces derniers étant aujourd'hui triomphants. Il ne s'agira pas non plus, dans cet article, de critiquer le positivisme pour proposer une alternative, mais simplement de montrer certaines insuffisances de certains de ces positivismes, dont on peut présenter très rapidement les traits les plus saillants, en tant qu'ils seront utiles pour la démonstration.

Le positivisme auquel se rattache majoritairement les constitutionnalistes est le *normativisme*, qui est l'un des courants du *formalisme*. Il repose notamment sur les travaux de Hans Kelsen à partir de sa *théorie pure du droit*.

L'analyse normativiste de la conformité d'une norme se présente en termes de validité. Le présupposé tient au fait qu'une société est organisée par des normes juridiques posées par le souverain, c'est-à-dire la volonté générale, telle qu'elle résulte de la représentation nationale, améliorant ainsi les principes forgés par Rousseau. Une norme est valide ou non valide selon qu'elle résulte d'un processus d'adoption conforme aux normes supérieures : une loi est une règle de droit valide lorsqu'elle est conforme à la Constitution. Ce test de validité dit aussi test de reconnaissance, permet également de déterminer les règles de droit de ce qui n'en relève pas : seules les règles de droit valides sont des règles de droit. Une norme valide est insusceptible d'être vraie ou fausse. Pour prendre un exemple classique, la prescription « il est interdit de fumer » est une norme, ni vraie ni fausse. La norme relève de l'être (il est interdit de fumer) et du devoir-être (certains fument pas malgré tout), peu important de savoir si la norme est respectée : le devoir-être est du droit. La norme, qu'elle que soit sa forme, s'inscrit donc dans le devoir-être à partir du principe de causalité et de la logique d'imputation : si A (il est interdit de fumer), alors il est certain que B (celui qui fume sera condamné) est. Mais tout l'intérêt de la théorie pour repérer les normes repose sur l'absence d'inversion de la logique : ce n'est pas parce que B est qu'un A peut être dégage. Si tous les hommes enlèvent leur chapeau en entrant dans une église, il n'en résulte pas qu'il existe une norme imposant d'ôter son chapeau, pour emprunter un exemple fameux emprunté à Hart et Dworkin ; si personne ne fume, cela ne signifie pas qu'il est interdit de fumer pour utiliser le précédent, ce qui disqualifie toute norme comme tirée d'une observation factuelle, la qualité des normes s'apprécie selon une mécanique, dont il résulte du droit, point l'inverse. Cette analyse est celle des spécialistes, dans leur généralité, de droit constitutionnel. L'ensemble repose sur une considération logique de telle manière que le droit se réalise comme la manifestation de la volonté générale, par étages successifs, fondant ainsi un type d'Etat de droit. Ainsi, diverses institutions sont chargées de vérifier la corrélation entre la norme supérieure et la norme inférieure, avec divers degré d'acuité : le contrôle de constitutionnalité et plus largement de conformité des normes valides est l'ainsi l'âme du normativisme.

6. – La proposition réaliste, antiformaliste, conduit à considérer que les règles de droit valides sont celles qui sont interprétées par une cour souveraine, selon une

méthode empirique, et non logique (6). En France, cette proposition est notamment proposée par Michel Troper (7) et sa fameuse Théorie Réaliste de l'Interprétation (TRI), très connue (et critiquée) en droit constitutionnel, moins connue en droit privé, surtout promue pour percer le mystère de la décision du conseil constitutionnel de 1971 qui a élargi le périmètre du bloc de constitutionnalité. La TRI, toujours pour résumer et au risque de déformer, est fondée sur plusieurs considérations cumulatives.

La première est le principe d'indétermination textuelle : un texte est toujours susceptible de plusieurs sens et il en résulte qu'un énoncé supposé prescriptif ne l'est pas en réalité, ou plus exactement qu'il ne l'est pas toujours.

Il ne le sera qu'à partir de l'application d'un second principe, celui de la détermination normative par l'interprète. C'est donc l'interprétation en tant que phénomène, qui assure la réalité d'un énoncé normatif, et non son simple énoncé. Par exemple, la formule « Tout fait de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par lequel il est arrivé à le réparer » (C. civ., art. 1382) pas davantage que « Toute vente ou toute prestation de services doivent faire l'objet d'une facture » (C. com., art. L. 441-3) n'ont de contenu normatif précis en eux-mêmes. Ces contenus normatifs apparaissent sous la plume de l'interprète, c'est-à-dire du juge et plus exactement du juge souverain, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, la CEDH, la CJUE, voire le Conseil constitutionnel, selon l'ordre juridictionnel considéré.

Enfin, troisième proposition, l'interprète est libre de son interprétation : il est libre de choisir, comme il l'entend, puisque souverain, entre toutes les interprétations possibles, souvent celles livrées par la doctrine. Cette liberté est cependant limitée par ce que Michel Troper nomme la *théorie des contraintes*, et que des auteurs, Xavier Magnon ou Otto Pfersmann par exemple (8), isolent, pour la critiquer, en une théorie distincte, la Théorie des Contraintes Juridiques (TCJ). Ce peuvent être des contraintes de fait, la psychologie, l'expérience, l'éducation, le passé d'un juge (qui justifient par exemple le droit de récusation d'un juge ou d'un expert, très limité en France et essentiel dans les systèmes réalistes), et les contraintes de droit, qui sont soit « fortes » soit « faibles ». Elles sont fortes par exemple en présence d'une règle solennelle ou une condition formelle ou essentielle pour qu'une situation juridique naisse. Par exemple, pour discuter de l'exécution d'un contrat, encore convient-il d'examiner que ce contrat est né. Elles sont faibles lorsqu'elles dépendent de considérations sociologiques, de carrières, etc. Cette présentation, critiquée de manière assez virulente (9), a donné lieu à une reformulation de sa théorie des contraintes, valable pour l'interprétation de la Constitution, par Michel Troper.

Ainsi, la liberté de l'interprète est tout à la fois étendue et limitée. Elle est très étendue dans un premier temps en raison de la méthode d'interprétation qui est la sienne. Ainsi le juge peut interpréter comme il l'entend la majeure d'un raisonnement syllogistique : il peut écrire ou réécrire la norme. Elle est très étendue dans un second

---

6 Comp. O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation, RFDC, 2002/2, p. 279, et republié, RFDC 2002/4, p. 789, sp. p. 798.

7 M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », Mélanges Ch. Eisenmann, Cujas, 1975, p. 143 ; « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Interprétation et droit*, sous la dir. de P. Amselek, Bruylant, 1995, p. 241 ; V° « Interprétation » in *Dictionnaire de la culture juridique*, V. Champeil-Desplats et M. Troper « Propositions pour une théorie des contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, sous la dir. de V. Champeil-Desplats, M. Troper et G. Grzegorzczysk, Bruylant, 2005, p. 11.

8 X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008 ; O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation, préc..

9 O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation, RFDC, 2002/2, p. 279, et republié, RFDC 2002/4, p. 789, M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », RFDC 2002/2, p. 353 ; O. Pfersmann, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », RFDC, 2002/4, p. 759.

temps parce qu'il est libre d'interpréter les faits de l'espèce. Enfin il est libre de donner une portée générale à une situation qui pourtant était particulière, ce qui va donner lieu à une décision qui « fait » jurisprudence. Mais cette liberté est également limitée, d'abord parce que, en général, le juge ne peut pas s'autosaisir, du moins en principe, étant entendu que, en droit privé, les occasions de saisine sont si considérables qu'il n'en a pas vraiment besoin et que lorsqu'il le ressent, il utilise la technique de l'*obiter dictum* ce qui est une forme d'autosaisine, et ensuite en raison du caractère collectif des décisions, lesquelles dépendent donc du résultat d'un rapport de force, ce dont témoignent par exemple les décisions de chambre mixte ou d'Assemblée plénière lorsqu'il s'agit de trancher une divergence de jurisprudence entre des chambres.

Au total, donc, la TRI se caractérise par deux éléments : c'est le juge, la Cour de cassation pour le droit privé, qui fait la norme, lui donne corps, assure sa réalité, son contenu, et il le fait avec une liberté abyssale, liberté qui contient en elle-même ses propres limites, ses contraintes, de droit ou de fait, larges ou limitées. Par exemple, le juge dispose d'une variété impressionnante de solutions possibles pour interpréter l'article 1382 du Code civil dans une situation donnée, mais cette liberté est en réalité contrainte par divers facteurs qui le conduisent à quelques solutions possibles, deux ou trois en général qui rendent, au final, prévisible son interprétation (coupant court au risque de révolution judiciaire « ultra » libérale ou au contraire socialiste).

Les critiques sont considérables, assez voisines, d'ailleurs, de celles opposées en son temps à Demogue : dangereuse, excessive, non scientifique, voire « nihiliste », fausse, sans intérêt, anarchiste, mais surtout et cela pointe dans toutes les critiques, totalement à rebours de la thèse classique, normativiste, qui impose une confiance absolue, aveugle, dans le principe selon lequel la loi est l'expression de la volonté générale, la participation du peuple, mais très, très indirectement dans l'élaboration de la loi (oublions la norme au sens large) et donc la confiance dans le système juridique. Ainsi, la TRI ne serait qu'une explication marginale de l'interprétation, en ce sens que seuls des cas extrêmes la vérifieraient. Cette critique n'est pas fautive : à bien des égards, elle peut être affiliée à la tradition nominaliste (laquelle renvoie à cette vieille mais merveilleuse *querelles des universaux* entre Guillaume d'Occam et Saint Thomas d'Aquin) et à la filiation de la philosophie analytique, mais également aux *Critical Legal Studies* (CLS) américaines ou canadiennes (10). Au fond, il n'y a pas de théorie axiologiquement neutre dans la mesure où toute pensée est tournée vers un but déterminé, il n'y a même pas de théorie du tout. Tout est approximatif et chaos, nous faisons semblant de croire qu'une logique organise cette immense machine à produire du droit alors même qu'on n'est pas capable de définir de manière méthodique ce qu'est le droit, nous sommes gouvernés par des *expressions langagières prétendument normatives* du type « personne », « contrat », « faute », « clause abusive », « Etat », etc., sans pouvoir en déterminer le sens sinon par la machine. Le projet des CLS est assez voisin par l'observation, à la manière du débat de la déconstruction postmoderne des philosophes français, que l'étude du discours en droit révèle un discours sous-jacent, celui du législateur, celui des juges, celui de la doctrine, qui vise à maintenir, ou contester, un rapport de pouvoir lui-même sous-jacent. C'est cette philosophie analytique que prétend attaquer le normativisme en faisant du droit un ensemble défini comme une science grâce à une méthode, le test de validité, et une foi, l'Etat de droit. Cette science n'en est cependant pas une, ne serait-ce que parce qu'elle est contestée en tant que telle. Par ailleurs, un Etat de droit n'est pas *nécessairement* conditionné par la méthode normativiste, elle est peut-être une condition

---

10 Cf. R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 121.

*suffisante* d'un Etat de droit, mais point une condition *nécessaire*, pour utiliser un langage de scientifique logicien.

7. – Une troisième proposition positiviste repose sur une conception nostalgique (11), visant, notamment en France, à la conservation d'un état postulé du droit exprimé sous forme de principes, les principes généraux du droit, formalisés notamment par les écrits de Ripert et peut-être pour cette raison appelée à un très grand succès en France. Il y aurait eu ainsi un âge d'or du droit, un temps où les règles étaient bien écrites, les juges bien formés, les avocats sages, les étudiants raisonnables et disciplinés, un temps où l'on disposait de principes juridiques bien établis, où la valeur attendait le nombre des années, où la vertu était associée aux talents, distribués avec parcimonie par la nature et désignant ainsi les élites. Bien entendu, ce temps est derrière nous et nous laisse un stock de règles, de principes, d'adages, de catégories prédéterminées, de manière presque figée et indiscutable, comme des axiomes juridiques : le mariage est l'union entre deux personnes du même sexe, un contrat sera toujours un contrat, la constitution est supérieure à la loi qui elle-même l'emporte sur la matière réglementaire sans parler de la sujétion de la jurisprudence, qu'il n'est pas possible de contester. Ces règles « supérieures » non écrites, coutumières sans doute, résultat de l'esprit d'un peuple, d'une nation éternelle sont posés soit sous forme de principes soit sous forme de limites à l'interprétation.

L'une des difficultés liées à cette conception tient au fait qu'elle révèle deux conceptions radicalement différentes de la société, l'une étant conservatrice et ce faisant inscrite dans les valeurs républicaines, et l'autre, politiquement très marquée, antirépublicaine et réactionnaire, dans la filiation des « anti-Lumières » (12), qui renvoie à une société d'ordre, aristocratique, où chacun est à sa place et, finalement, une conception postplatonicienne, visant à figer l'histoire de la pensée juridique dans un déterminisme décevant et non fondé. Les règles ayant été posées par des sachant incontestables, le juriste roi en lieu et place du philosophe roi de Platon, ces règles doivent continuer d'être respectées, surtout si le royaume est tenu par des non sachant, selon des méthodes posées et indiscutables, des catégories, des « théories générales », des « principes » fondés et légitimés notamment par les écrits de Ripert (13), dans des conditions déjà étudiées par Christophe Jamin notamment (14). Il est notable d'observer que cette conception idéaliste du droit et de la société est également reprochée contre le rousseauisme et le kelsénisme, ce qui rend alors l'ensemble compatible.

8. – Il y a bien d'autres positivismes ou versions des positivismes. Le positivisme utilitariste, anglo-américain par exemple, auguré par Bentham en Angleterre ou Austin aux Etats-Unis, et amélioré par l'analyse (anglaise) hartienne (15), dérive de la philosophie des lumières anglaises et se fonde sur la préservation des intérêts lesquels sont censés assurer le bien-être collectif. Il fonde un contrôle de conformité des lois depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle sur le fondement que la Constitution américaine garantit que les lois assurent ce bien-être collectif.

Le positivisme sociologique, en outre, tend à disqualifier le discours juridique, mais il n'est pas abordé ici en tant que tel dans la mesure où il déplace le discours vers

---

11 Comp. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, n°81 s., sp. n°97.

12 Z. Sternhel, *Les anti-Lumières*, Gallimard, 2006, folio Histoire, 2010.

13 Comp. Ch. Jamin, « Une lecture croisée de Saleilles, Demogue et Ripert », RTDciv. 2010 à paraître et G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., n°132 s, un « monument » à relire.

14 Ch. Jamin, « Une lecture croisée de Saleilles, Demogue et Ripert », op. cit.

15 H.L.A. Hart, *Le concept de droit*,

celui de la réception du droit dans le corps social (16), les logiques de pouvoirs, de représentation, etc., voire le fond dans la sociologie tout court, tendance lourde observée en France notamment, étant entendu que l'hypothèse réaliste s'en rapproche en ce qu'elle est entièrement fondée sur les faits, lesquels comprennent le droit, embrigadé dans la catégorie des faits, faits sociaux, faits économiques, etc., permettant au juge une liberté de jugement presque totale, et donc considérée comme franchement subversive, voire totalement bolchévique par une partie de la doctrine française. De ce point de vue, le droit sera donc soit que les juges ont décidé, soit ce qu'il est prévisible de penser qu'ils décideront. Bien entendu, on pressent ce qu'une telle thèse, envisagée et systématisée en droit français peut provoquer de bouleversements, non seulement dans le droit lui-même, mais dans le personnel juridique, l'enseignement du droit, le recrutement des professeurs, des juges, etc. On comprend mieux, à rebours, pour quelles raisons, la sociologie juridique est demeurée balbutiante, même « sans rigueur » comme l'avouait notre champion national (17), ou grâce à des auteurs moins connus des privatistes, comme Jacques Chevallier ou André-Jean Arnaud (18), tout comme l'analyse économique du droit ou encore la psychologie judiciaire. Les juristes français connaissent ces exigences et les supportent en permanence mais de manière implicite ou subie : quel avocat ne s'est pas félicité ou plaint que tel juge siégeait dans telle instance, que tel professeur de droit était appelé à siéger dans tel tribunal arbitral, et inversement, quel juge n'a pas porté un jugement sur la personne de l'avocat face à lui, quel juriste n'a pas, au moment de peser un raisonnement, l'esquisse d'une solution, envisagé ses conséquences sociales, même le rouge au front, n'en a pas analysé les coûts ? L'idée est commune mais fugace : ce qui ne passe pas, c'est l'idée consistant à admettre que ces éléments soient pris en compte au sein même de la norme juridique, qu'ils intègrent la norme, l'idée même de norme, de justice. L'acceptation de cette idée suppose en effet de redéfinir la norme, la loi, la justice, bercés que nous sommes tous par la dogmatique juridique dans laquelle, tous, avons été élevés, avons grandi et progressés. Par exemple, l'idée est commune qu'une décision de jurisprudence qui serait contraire à l'opinion doctrinale majoritaire est une décision erronée (19), vulgairement teintée d'émotivité ou de sentimentalisme, à la façon de juger du bon juge Magnaud, de relents d'anarchisme ou de gauchisme, tous traits qui conviennent à merveille à l'expérience judiciaire américaine par exemple, chacun pourra en convenir, pourtant largement fondée sur l'expérience réaliste et sociologique, dite *sociological jurisprudence*.

**9. –** L'objectif de la philosophie du droit, ou de la théorie du droit, est ainsi de rendre compte du système juridique, le décrire, le corriger éventuellement, dans un souci, du moins en principe, celui d'assurer un Etat de droit, plus exactement, de décrire une situation qui pourrait être celle d'un Etat de droit.

Il y a ainsi une part d'idéalisme dans le positivisme et de positivisme dans l'idéalisme, étonnant paradoxe qui découle de la démarche théorique elle-même, comme si la théorie admise à un moment donné devait valoir pour l'éternité. C'est très exactement le cas, apparemment, du normativisme : où les critiques pleuvent, les pratiques divergent – celles de la Cour de cassation très récemment pour parler d'actualité –, l'analyse normativiste, descriptive, devient *prescriptive*, en ce sens que de

---

16 Comp. A. Supiot, *Homo juridicus*, Seuil, 2009.

17 J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ.

18 Et pourtant : A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, 1969, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, LGDJ, 1973.

19 Et comp. à propos de la fameuse question de la rétractation de sa promesse par le promettant D. Mainguy, « A propos de la rétractation de sa promesse par le promettant », RTDciv. 2004, p.1.

théorie explicative du droit, elle devient, par ses promoteurs constitutionnalistes notamment, une fin, par la prééminence constitutionnelle née de la loi du 10 novembre 2009 et l'introduction de la QPC par exemple, ou par la prétention d'une révision de la loi pour contrer la pratique judiciaire.

Or, il est parfaitement clair que les théories, notamment positivistes, *tentent* de rendre compte du système juridique, en formulant des propositions visant à résoudre certains des problèmes majeurs posés à la compréhension du droit. L'un de ces problèmes est la question de l'interprétation, un autre celui du pouvoir discrétionnaire des juges et notamment de la création de règles, question centrale et permanente en droit privé, ou celui de la raison pour laquelle les juges appliquent le droit, celui de l'existence d'un droit au droit distinct des propositions du droit naturel, l'existence et l'identification de standards juridiques, etc. Le problème majeur, celui qui les coiffe tous, est celui du référent supérieur, et ce faisant, la question de la légitimité.

10. – Légitimité de la norme et contrôle de conformité de la loi pourraient être considérés comme répondant au même objectif, ce qui supposerait que le contrôle de conformité de la loi se présente comme un contrôle de légitimité. C'est précisément l'objectif de cette étude : montrer, même rapidement, que *le contrôle de conformité n'est qu'un contrôle apparent de légitimité* (I) et que *l'hypothèse d'un bloc de légitimité* (II) dans ce contrôle, permettrait, pour autant qu'il n'existe pas déjà même de manière simplement implicite, de corrélérer légitimité, question substantielle, et contrôle de conformité, question processuelle et formelle.

Les deux problèmes obéissent en effet à une même question de départ, mais opèrent par des voies différentes : pourquoi obéit-on aux lois ? Doit-on considérer que cette obéissance est imposée par la garantie du caractère démocratique et républicain de l'ensemble de la machine de production des normes, antienne du normativisme ? Doit-on en déduire que cette machine est parfaitement adaptée ? Comment cette production s'effectue-t-elle, qui en sont les acteurs et quels sont leurs valeurs, leurs objectifs, leurs frustrations ? Quelles sont les « *forces créatrices du droit* » (20), quels en sont les fondements ? Est-ce une obéissance globalement spontanée, parce que la loi serait un don – ou pour autant qu'elle soit réellement un don – du souverain thaumaturge, dans l'esprit de Marcel Mauss (21), de telle manière que le justiciable devrait, en contre-don, l'appliquer, la force n'intervenant plus qu'à la marge ? Est-ce au contraire la crainte de la sanction et marginalement la confiance en la loi ? Est-ce une contrainte qui s'inscrit dans le débat plus large des contraintes sociales ? Est-ce le pari, individuel ou collectif, qu'il est plus avantageux, utile, profitable, d'obéir – ou de désobéir – à la loi ? Est-ce la vertu du citoyen ; est-ce l'adhésion à un modèle d'ordre moral ? Les questions sont immenses, elles font l'objet d'études considérables depuis l'Antiquité, sous l'égide de ce que, pour résumer, on contiendra dans la considération de la *philosophie du droit*, ou bien la *théorie de la justice*, elle est également une autre façon de poser la question du meilleur gouvernement possible pour les hommes, depuis les Lumières écossaises notamment (22), et donc de répondre à la question permanente de la préservation du système de vie, du système juridique, du système social dans lequel l'homme évolue. Ces questions sont une simple reformulation de quelques unes des présentations théoriques déjà envisagées.

---

20 Cf. G. Ripert, « Les forces créatrices du droit », LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd. 1955, réimpr. 1994.

21 M. Mauss, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, L'année sociologique, 1923-1924, p. 29.

22 Et cf. C. Audard, « Qu'est-ce que le libéralisme », Gallimard, 2009, Folio essais, 2009, pour une vue globale et analytique des doctrines libérales et de leurs critiques, de Hobbes à Habermas.

Généralement, cette question est – rapidement – posée en première année de droit devant un amphithéâtre (encore) bondé, lorsqu’il s’agit de présenter une introduction générale au droit, sous la forme, en général, d’une *justification* générale du droit plus que d’une introduction, et, ce faisant du devoir d’obéissance au droit : il s’agit de convaincre les futurs juristes que l’ensemble de la technique est cohérente. Rapidement posée, elle est encore plus rapidement évacuée, en général toujours, pour s’empresse de décrire les choses vraiment importantes, qu’est-ce qu’une source, comment s’organisent-elles, et quelles sont les grandes institutions du droit, pour les préparer à avaler des monceaux de technique, jusqu’à l’étouffement, contribuant ainsi à former les soldats de l’armée des juristes dogmatiques, tous formés dans des conditions de clonage intellectuel saisissant par des professeurs eux-mêmes clones, dont, bien entendu, l’auteur de ces lignes. Le petit bréviaire ainsi récité, le professeur peut alors passer aux choses sérieuses, la technique juridique, considérée comme susceptible de valider, en soi, la question de la légitimité des règles de droit, du processus de légitimation, des valeurs, de la justice, de morale, bref, des questions fondamentales qui en cascade supposent l’hypothèse d’un contrôle de ce processus et d’une procédure, aujourd’hui confinée au domaine du contrôle de constitutionnalité tout du moins en apparence.

### 1. L’apparence de légitimité par les contrôles de conformité de la loi

11. – Le contrôle « officiel » de conformité, *ex ante* ou *ex post*, est actuellement assuré de plusieurs façons. La question prioritaire de constitutionnalité – préférée à l’exception d’inconstitutionnalité – est la plus médiatique, quoique la plus inefficace, comme le démontre le conflit d’interprétation de la loi du 10 décembre 2009 entre la Cour de cassation d’une part, et le couple Conseil constitutionnel / Conseil d’Etat d’autre part.

Substantiellement pourtant, il n’a pas fallu attendre la loi organique du 10 décembre 2009 pour que le juge judiciaire se préoccupe de la préservation des droits et libertés fondamentaux des justiciables, dans les secteurs du droit pénal, du droit des personnes et de la famille et du droit économique, les grands secteurs où ces questions se font entendre, et s’arrogent un pouvoir de « quasi contrôle de constitutionnalité », que ce soit à travers l’observation, rare, de la compatibilité entre une disposition législative et la constitution, ou bien plus souvent, à travers un contrôle, non organisé et peut-être anarchique, de la légitimité de la *norme*, plus que de la *loi*.

La partie de bras de fer (23) engagée entre les Cours souveraine françaises laisse en effet pantois, si l’on veut bien admettre que l’enjeu est celui de la critique de la norme face à des objectifs de primauté de ces fameux droits et libertés fondamentaux.

Il en résulte, alors, que derrière les aspects purement techniques de ce débat (24), se déroule un autre débat majeur, celui de la méthode du contrôle de conformité, et celui des éléments de référence du contrôle, celui-ci étant aujourd’hui intégralement enfermé dans un cadre strict, substantiel et processuel, celui du contrôle de constitutionnalité, de conventionalité et de légalité, alors même que le débat se présente, de manière plus générale, moins technique, comme un débat sur la légitimité d’une norme.

---

23 Qui se poursuit et se poursuivra avant que cet article soit publié, par exemple avec l’arrêt du 29 juin 2010, n°10-40002, suite de l’arrêt avant dire droit du 16 avril 2010.

24 Cf. P. Cassia, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l’Union européenne », note sous CE 16 juin 2010, JCP, 2010, 739, P. Fombeur, « Question prioritaire de constitutionnalité, droit constitutionnel et droit de l’Union européenne », D. 2010, p. 1229 ; P. Cassia, « Imbroglie autour de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) », D. 2010, p. 1234, A. Levade, « Renvoi préjudiciel versus Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit ! », D. 2010, p.1254.

L'une des difficultés tient au fait que l'appréciation de la légitimité d'une norme est le fait d'un autre que celui qui l'a faite, d'une part, et d'autre part, qu'elle repose sur une décision de justice, et, ce faisant, une interprétation.

Où l'on voit par conséquent que la question de la légitimité met souvent en présence deux logiques qui s'opposent, la logique de la norme légale et la logique de la norme décisionnelle, jurisprudentielle.

Dans bien des situations, disons les cas simples, par opposition aux cas difficiles, pour employer la distinction mise en scène par Ronald Dworkin, cette confrontation se fait sans peine, une disposition législative est clairement en conflit avec une norme claire de la Constitution ou de la CEDH ou du droit communautaire.

Ce sont cependant les cas difficiles qui interrogent l'observateur, ceux qui nécessitent le recours à une interprétation nouvelle de la norme de référence par le juge chargé du contrôle de conformité, parce que la norme de référence n'est pas claire, parce qu'il y a concurrence ou conflits des normes de références ou parce qu'il n'y a pas de norme de référence du tout. Dans ces situations, qui ne sont pas rares, la solution de ces cas difficiles n'est pas, par nature, évidente soit qu'elle soit techniquement difficile soit qu'elle soit politiquement, économiquement ou socialement délicate, qu'elle suppose des choix radicaux, etc., et l'on songe à des problèmes comme l'euthanasie, le mariage homosexuel, des grandes questions de droit social ou pénal, la laïcité et le port du voile intégral, et il est évident qu'il ne suffit pas d'invoquer la QPC pour la résoudre, d'abord parce que penser que le Conseil constitutionnel est compétent pour en traiter est une illusion et ensuite que cette question s'inscrit, au-delà de la technique, pleinement dans un débat de théorie du droit, très discret en droit français.

Par exemple, et pour revenir à l'actualité, le contrôle de la constitutionnalité de la loi, qui est une forme d'appréciation de sa légitimité, est réalisé par le Conseil constitutionnel, qui rend une décision définitive et immédiatement applicable. Il est usuel d'observer, lorsque la décision est une décision d'inconstitutionnalité, que les éléments de référence de la logique de la loi et ceux de la logique de la décision sont différents, opposés. Il est surtout essentiel de noter que, dans cette circonstance, la logique du juge (constitutionnel) l'emporte sur celle du législateur, que cette logique soit – très rarement – empruntée à une règle formellement exprimée dans la Constitution ou qu'elle ne le soit pas, c'est-à-dire qu'elle procède d'une interprétation, éventuellement créatrice, ce qui est presque toujours le cas.

L'introduction de la QPC, formidablement verrouillée par des obstacles processuels, ne permettra vraisemblablement pas de transformer la situation, au rebours de ce qu'aurait pu être l'introduction d'une exception d'inconstitutionnalité. C'est en ce sens que s'inscrit la logique des arrêts de la Cour de cassation des 16 avril et 29 juin 2010 de la Cour de cassation, notamment en cas de concurrence des normes de références. La question d'un conflit de normes, ou d'une absence de norme de référence, n'a cependant pas encore été présentée.

Cette question illustre le rôle, concurrent ou complémentaire, de la loi et du juge, et finalement renvoie à l'idée du primat de l'émission du droit, généralement négligée en droit privé, notamment, du fait de sa doctrine qui continue parfois de douter de la place de la jurisprudence parmi les sources du droit.

Nous ne chercherons pas, ici, à réaliser cette démonstration ; nous le considérerons soit comme démontré soit comme une hypothèse possible. Sur cette base, la norme jurisprudentielle existe en tant que norme interprétatrice, de sorte que, par principe, la norme jurisprudentielle dispose de la valeur normative de la norme interprétée, et l'on parlera ici de la jurisprudence constitutionnelle, communautaire,

européenne, nationale pour référer aux décisions qui interprètent la constitution, les traités de l'Union européenne la CEDH ou la loi, le plus souvent, voire de la matière réglementaire. En se référant à l'analyse classique de la coutume, on pourrait ainsi considérer la jurisprudence *secundum legem* chaque fois qu'une décision se contente d'appliquer strictement la norme interprétée (qui pourrait être une norme jurisprudentielle), la jurisprudence *praeter legem*, lorsqu'on est en face d'une décision qui complète la norme interprétée, ou qui crée une norme nouvelle, n'importe quelle norme nouvelle, à commencer par un principe général par exemple, voire la jurisprudence *contra legem* lorsqu'une décision contraire la norme interprétée, plus ou moins ouvertement. Mais on pourrait parfaitement inverser la proposition et dire que la norme interprétée est ramassée à la valeur de la norme d'interprétation : la loi, la constitution, la coutume, etc. ont la valeur que leur assure la décision de jurisprudence, à la manière dont on analyse traditionnellement la coutume, norme autonome ou norme reconnue par la jurisprudence.

Cette considération première ne permet pas, en toute hypothèse, d'ignorer l'autorité de la jurisprudence. Dans tous les cas, l'interprétation fait corps, en tant que valeur normative, avec la norme interprétée, et réciproquement.

Nous dirons simplement que l'une des difficultés avec la jurisprudence en droit français tient au fait qu'elle se présente comme une norme d'interprétation ou d'application, alors que les arrêts qui font jurisprudence sont traités comme des normes « ordinaires », elles-mêmes susceptibles d'interprétation, et comme des normes révocables, par un renversement de jurisprudence. La différence du système français de droit jurisprudentiel français avec le système de *Common Law* est sensible dans la mesure d'une part où, dans ce système, une décision considérée comme un précédent est applicable comme un cas, applicable par analogie à un cas voisin, et d'autre part où en droit français la jurisprudence est le plus souvent pensée comme inférieure à la loi, mais cherchant à gagner sa place.

Par ailleurs, mais sans entrer là encore dans le détail de l'argumentation, nous n'ignorons pas le fait que la jurisprudence est une source à la fois autonome, elle se suffit à elle-même, et en même temps hétéronome, elle est largement diffusée et nourrie grâce ou avec la doctrine qui la présente, la commente, la critique surtout lorsqu'elle entre en désaccord avec elle. Mais ce propos n'est pas de nature à changer le point de vue si l'on veut bien admettre que la doctrine est très majoritairement normativiste et/ou positiviste même lorsqu'elle se prétend parfois jusnaturaliste, et par conséquent, entend défendre les catégories qu'elle a précisément été chargée de fonder pour encadrer l'activité du juge, dans le souci bien compris d'éviter l'arbitraire, le subjectivisme judiciaire. Pour l'éviter, le rôle du juge est ainsi, en principe tout au moins, confiné dans un dogme, celui de la théorie générale et des catégories juridiques, lui laissant une place définie et congrue : l'appréciation de la faute, du dommage, d'une inexécution, à partir d'une définition et d'un champ d'interprétation donné par la doctrine. Ce faisant, la présentation de la doctrine comme le « complice » de la jurisprudence dans la production des normes n'est, en réalité, qu'une proposition relevant du normativisme ; l'idée de norme est directement contraire à toute présentation des sources selon qu'elles sont formelles ou non (25).

---

25 Ph. Jestaz, « Source délicate... Remarques en cascades sur les sources du droit », RTDciv. 1993, p. 73. Une de ces remarques délicieuses peut être reprise : « *qu'est-ce qu'une source formelle ? Probablement une absurdité sémantique. La rigueur de l'épithète contredit la fluidité du substantif, de sorte que la source formelle évoque ces monstres bien connus que sont la liberté imposée et le volontaire désigné d'office. Si Flaubert était encore des nôtres et qu'il fût devenu bon juriste (par chance pour la littérature, il ne fit dans ses études de droit qu'une brève carrière de cancre), il ajouterait sans doute une définition au « Dictionnaire des idées reçues » : « Source formelle du droit. - On ne sait pas ce que c'est, mais tonner contre ceux qui veulent y inclure la jurisprudence ».*

En outre, nous ne pouvons ici revenir sur la question du « droit », l'objet « droit », c'est-à-dire la détermination d'une règle de droit, normative, en ce qu'elle crée des obligations juridiques ou des droits susceptibles d'être revendiqués en justice et ce faisant susceptible d'un débat juridique. Nous supposons cette question déterminée en retenant, on l'a vu, le sens le plus large, incluant donc les règles jurisprudentielles, interprétatives ou « inventives », voire la coutume, les principes généraux, etc.

**12.** – Ce vocabulaire et cette méthode sont très connus. Ils se fondent sur la fameuse pyramide des normes de Kelsen échafaudée notamment dans sa *théorie pure du droit* et fondement du positivisme juridique en France notamment, comme soutien et amélioration de la conception révolutionnaire du droit, c'est-à-dire en tant qu'elle réfute l'idée d'un droit fondé sur l'expérience, comme sous l'Ancien Régime. L'approche est donc essentiellement celle qui assure le fondement de la théorie nouvellement traditionnelle du droit, celle de l'unité normative, de l'ordre normatif, autour de la loi et de la pyramide des normes-lois, comme une *construction idéale*. C'est d'ailleurs le vocabulaire de l'homme de la rue qui ne connaît que la loi.

Le mécanisme qui en résulte est celui d'une validation des normes par un contrôle *formel* de conformité. Pour le résumer, il s'agit de présenter les sources *légales* d'une manière hiérarchique, de la Constitution aux règlements, de manière à vérifier que chaque norme inférieure est bien conforme, d'un point de vue formel, à la procédure d'élaboration de cette norme, le tout sur le fondement du caractère républicain et démocratique de l'adoption de l'ensemble.

Par exemple, les articles 34, 37 et 38 de la Constitution, délimitent de telles procédures, répartissant les compétences entre le pouvoir législatif et exécutif, d'adoption de normes, lois, ordonnances, règlements autonomes, décrets, selon les domaines matériels particuliers. Cependant, ce critère formel ne permet pas *a priori* de réaliser un contrôle complet de la norme examinée. Par exemple, il suffit qu'une loi ait été adoptée conformément à la procédure d'élaboration de celle-ci pour que sa valeur constitutionnelle soit retenue. Peu importe le contenu de la règle, celui-ci étant présumé valable, puisqu'il est expression de la volonté générale : il s'agit de la mise en œuvre du mythe rousseauiste du contrat social, de l'adhésion par volonté au pacte social fondamental. La loi est l'expression de la volonté générale, formule présumant celle, présentée par Celse deux mille ans plus tôt mais sur une base distincte : *jus est ars boni et aequi*, traduit alors comme : le droit, assimilé au juste, est ce qui est légal. Ce faisant, la procédure simplement formelle du contrôle de la loi associe légitimité et légalité, ou plus exactement nie la légitimité au profit de la légalité, celle-ci, par un raisonnement *a fortiori*, présumant irréfragablement celle-là.

**13.** – Ce contrôle formel est évidemment totalement insuffisant, et cette insuffisance a été constatée par le « coup d'état » constitutionnel résultant de la décision audacieuse du 16 janvier 1971 du Conseil constitutionnel qui a affirmé que le référent constitutionnel s'élargissait au préambule de la Constitution (de la Vème République) et, ce faisant, au préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDH). Pour cette dernière, il s'agissait d'un retour en force foudroyant dans le droit positif : la DDH avait en effet cessé de vivre en 1792 et avait été « réhabilitée » au début de la IIIème République, notamment dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, autre champion, réaliste cependant, du droit prétorien autoproclamé et autojustifié. La décision de 1971 l'intégrait cependant pleinement dans le champ référentiel du contrôle des lois votées par le Conseil constitutionnel. Cette décision et

ses conséquences sont pourtant à l'origine d'un oxymore juridique flagrant : le Conseil constitutionnel et la doctrine constitutionnelle, garants du rigorisme dogmatique normativiste, réalisent quotidiennement une application de la théorie réaliste de l'interprétation au sens de Michel Troper.

On connaît la suite : le contrôle de la conformité de la loi s'est alors fondé sur un contrôle supposément *matériel* de la conformité de la loi avec le contenu de la Constitution, c'est-à-dire de ces textes, et ensuite de la jurisprudence constitutionnelle élaborée pas à pas sur cette base. Il en est résulté le développement spectaculaire du droit constitutionnel à la faveur de celui de la jurisprudence constitutionnelle, par « l'invention » de séries de principes, des réserves d'interprétation qui font la richesse de cette discipline.

Ce faisant, le Conseil constitutionnel reproduisait la technique du *contrôle de légalité* déjà développée par le Conseil d'Etat pour vérifier la conformité d'un règlement à la loi. Le succès institutionnel de cette méthode est exceptionnel, *au point de laisser croire aux juristes que ce contrôle présente une réalité de l'idée de justice*. L'idée de justice est ainsi celle véhiculée par le Conseil constitutionnel, à travers l'objectif de garantie des droits, discours là encore repris par l'homme de la rue. Or, cette absorption ne peut s'entendre : le contrôle de constitutionnalité est confisqué par une oligarchie constitutionnelle et coupé de la réalité de la justice ordinaire, la justice civile notamment, et de toute idée de légitimité librement discutée, mais en faisant semblant de laisser croire le contraire avec la QPC.

Or, ce prétendu contrôle substantiel de la norme repose sur une supercherie : la norme contrôlée est en effet la « disposition législative », tandis que la norme de contrôle est la norme constitutionnelle interprétée, et le contrôle lui-même le résultat d'une interprétation (cf. infra, n°16).

A ces deux blocs, de constitutionnalité et de légalité, il convient d'ajouter les deux blocs de conventionalité, à travers le contrôle de conformité de la loi aux Traités CE puis de l'Union européenne, demain, Traité de l'Union européenne (TUE) et Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) fondant l'Union européenne, d'une part, et le contrôle de conformité de la norme interne avec la CEDH qui a connu, là, encore, un développement spectaculaire dans presque toutes les branches du droit.

Une analogie entre ces éléments n'est cependant pas totalement possible si on n'admet pas une distinction considérable entre les méthodes : la méthode, disons « française », pour les deux premiers blocs et une méthode *a priori* plus réaliste pour les seconds.

**14. –** Ces méthodes de contrôle de conformité sont assez complexes mais radicales : le juge saisi d'un litige devant lequel est invoquée la validité d'une norme peut, dans son domaine de compétence, écarter cette norme parce qu'elle serait considérée comme non conforme avec le contenu de la norme supérieure. Ainsi, le contrôle de légalité appartient principalement au juge administratif sous l'autorité du Conseil d'Etat, mais également au juge judiciaire en matière pénale, sous celle de la Cour de cassation. De même, le contrôle de conventionalité appartient au juge national sous le contrôle des juridictions supérieures, Conseil d'Etat et Cour de cassation, étant entendu que, en outre, les juridictions supranationales spécialisées, la Cour de Justice de l'Union Européenne ou la Cour européenne des droits de l'Homme sont chargées de l'interprétation uniforme et définitive des règles dont elles assurent l'application. S'est développé ainsi, une jurisprudence fournie sur ces questions, d'abord au niveau interne, puis au niveau communautaire et européen.

Techniquement, le juge communautaire l'admet depuis l'arrêt *Simmenthal*. C'est une erreur, cependant, de s'en tenir à ce seul aspect technique : ce n'est pas cet arrêt qui fonde la légitimité du contrôle de conventionnalité. C'est tout le contraire, c'est parce que ce contrôle de conformité de la norme nationale (serait-elle jurisprudentielle) est légitime et nécessaire que le juge communautaire l'a *reconnu*. C'est exactement la même affaire que l'arrêt *Blanco* : le tribunal des conflits n'a pas *octroyé* un pouvoir au Conseil d'Etat, il a reconnu ce pouvoir.

En revanche et à l'inverse, l'autorité du droit constitutionnel était globalement « invisible », en raison de l'impossibilité pour le juge « ordinaire » d'écarter une règle en raison de son caractère inconstitutionnel et ce malgré le principe posé à l'article 62, al. 2 de la Constitution qui dispose que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. En découle alors ce « petit » scandale, en terme de légitimité de la règle, mais considérable du point de vue de la théorie de la justice, qu'il suffisait qu'une loi, Code civil en tête, n'ait pas été contrôlée par le Conseil constitutionnel soit qu'elle ait échappé à ce contrôle faute de saisine, soit qu'elle soit antérieure aux procédures de contrôle, pour qu'elle bénéficie d'une présomption de valeur constitutionnelle.

**15.** – C'est en ce sens que l'exception d'inconstitutionnalité aurait pu prendre tout son sens symbolique en ce qu'il aurait pu (horrible conditionnel imparfait qui relègue une idée dans le lointain de son possible) lever le voile qui rendait « invisible » le droit constitutionnel pour les juristes opérationnels : il aurait été devenu possible de contester une norme dont l'application est réclamée, notamment dans un litige privé, pour que celle-ci fût, éventuellement, contrôlée dans le cadre de ce litige. Ce contrôle de la constitutionnalité *ex post* de la loi est cependant limité, bridé, contrôlé dans le cadre de l'introduction de la QPC : seules la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat, après avoir examiné la valeur de l'argument, présenté lui-même dans un mémoire distinct, telle une offrande sacrée, pourra élever le litige devant le Conseil constitutionnel, devant lequel l'affaire sera alors « plaidée », dans un salon républicain. Rien qu'ainsi, le bouleversement intellectuel a pu paraître considérable sur le principe mais il n'est qu'apparent : le débat constitutionnel n'est toujours pas public, l'œuvre du citoyen, et il est fondé sur une disposition qui verrouille, intellectuellement, la méthode constitutionnelle. Il y a en outre déjà des lustres que la jurisprudence utilise des arguments constitutionnels dans son mode opératoire (26), généralement pour justifier l'interprétation qu'elle propose, souvent d'ailleurs en corrélation avec une règle de la CEDH.

Gageons, cependant, que cet effet simplement symbolique pourrait être dépassé. En premier, l'examen par la Cour de cassation conduit celle-ci à réaliser son propre contrôle, ou pré-contrôle, de constitutionnalité, ne serait-ce que pour rejeter une demande de contrôle ; c'est déjà commencé avec les arrêts des 16 avril et 29 juin 2010, et la réaction des constitutionnalistes normativistes ne s'est pas faite attendre. Une telle décision est, déjà, une décision de valeur constitutionnelle. Décider par exemple, si tel devait être le cas, qu'un recours sur la constitutionnalité de la règle selon laquelle le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, doit être rejeté par ce que la règle est conforme à la Constitution, est en soi, une décision de valeur constitutionnelle. Il en serait de même de l'application de la théorie de l'acte clair : telle règle n'est pas sujette à un recours car le sens de telle règle constitutionnelle interprétée est clair (27). En outre,

---

26 Cf. N. Molfessis, Droit privé et droit constitutionnel, LGDJ, 1995.

27 Cf. Cass. com. 7 juill. 2009, n°08-16762 : à propos d'une demande de remboursement de l'ISF : « *qu'après avoir rappelé à bon droit que les gains nets tirés des cessions de valeurs mobilières constituent une des composantes du revenu soumis à imposition,*

et bien que la décision de recourir au Conseil constitutionnel soit réservée en droit à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat, peut s'ouvrir, dans la gestion ordinaire du contentieux, la possibilité de développer des arguments de nature constitutionnelle devant le juge du fond, et il ne serait pas surprenant que, dans un délai imprévisible, les juges du fond se mettent, à leur tour, à anticiper sur la décision de la Cour de cassation sans compter sur l'application des décisions qui auront été rendues. C'est une technique des petits pas assez médiocre, mais techniquement contrainte par le jeu de la QPC actuelle.

**16.** – Cette ambiguïté, cette médiocrité naissent en effet de la technique du contrôle de constitutionnalité tel que saisi par la méthode constitutionnelle.

Ce contrôle est en effet « confisqué » par le Conseil constitutionnel et la méthode constitutionnelle, où il aurait pu être partagé avec les juridictions – le Conseil constitutionnel n'étant pas une juridiction ni dans sa forme ni dans son fonctionnement (28) –.

Cette méthode consiste, dans la tradition positiviste normativiste, à considérer de manière totalement neutre, « pure », en principe tout au moins, qu'une norme législative contrôlée, c'est-à-dire une norme qualifiée comme telle par une norme supérieure, que la Constitution doit correspondre au contenu de la norme de référence, selon la procédure instituée par cette norme de référence. Pour cela il suffit d'utiliser le référent constitutionnel. Or, celui-ci est constitué du contenu de la Constitution, sans doute, mais surtout du bloc de constitutionnalité et donc de la jurisprudence constitutionnelle, de la réflexion constitutionnelle, etc. Il suffit de lire la doctrine constitutionnelle et les décisions du Conseil constitutionnel pour se rendre compte de l'ampleur de la norme interprétative en droit constitutionnel.

Il en résulte donc que le contrôle de constitutionnalité met en scène une norme qualifiée comme telle (la norme contrôlée), par une norme qualifiante (la norme de référence). Le référent constitutionnel est ainsi un ensemble complexe, en perpétuelle évolution au gré de la réflexion de l'ensemble des spécialistes de la « chose constitutionnelle » qu'on peut considérer comme la « norme constitutionnelle interprétée » : ce ne sont pas quelques principes figés, mais bien des arguments, des raisonnements complexes qui déterminent ce référent.

De l'autre côté, la norme contrôlée, c'est la loi, la loi toute nue, non interprétée, la « disposition législative ». C'est assez singulier si l'on veut bien admettre qu'une disposition législative quelle qu'elle soit et sauf peut-être quelques normes très techniques, ne se réduit certainement pas à son expression légiférée, mais à la façon dans laquelle elle s'intègre dans un ensemble plus vaste, à la façon dont il est appliqué, compris, enseigné, interprété, etc. La démonstration est éclatante dans la décision du Conseil du 11 juin 2010 dans l'affaire *Perruche* qui envisage la norme contrôlée sans aucune interaction avec la manière de l'appliquer ou d'en juger, et notamment la jurisprudence pourtant bien connue de la Cour de cassation.

---

*et doivent être pris en compte pour le calcul de l'impôt de solidarité sur la fortune, notamment pour la détermination du plafonnement, la cour d'appel a décidé, sans méconnaître l'autorité de la décision du Conseil Constitutionnel du 29 décembre 1998, qu'il convenait de tenir compte desdits gains pour évaluer les capacités contributives des demandeurs* ». Adde Cass. com. 17 mars 2009, n°07-19780 sur le contrôle de conformité d'un acte réglementaire ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 12 mars 2009, n°08-14210 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 mars 2009, n°07-19763, 15 janv. 2009, n°08-10441, Cass. com. 20 janv. 2009, n°07-15-882 sur l'appréciation de la valeur constitutionnelle d'une loi (Loi du 26 déc. 1961 référant au principe de la solidarité nationale) ; Cass. soc. 4 mars 2009, n°08-60411, qui applique le principe constitutionnel d'égalité, soit au total, 7 arrêts de la Cour de cassation qui, dans ses motifs, utilisent un argument constitutionnel, dont 4 seulement sont véritablement probants.

28 Cf. D. Schnapper, Une sociologie au Conseil constitutionnel, Nrf essais, 2010, livre savoureux qui présente le « travail » du Conseil constitutionnel, ce qui pose difficulté sur sa légitimité.

Par quelle imposture intellectuelle, alors, peut-on admettre une telle distorsion de raisonnement aboutissant à une réduction de l'objet du contrôle ? Elle est largement dénoncée, notamment par les tenants du réalisme, dans le champ du droit constitutionnel, par ceux qui mettent le doigt sur les insuffisances du raisonnement normativiste. Mais elle prend un tour singulier dès lors que l'on sort du champ du droit constitutionnel et qu'on aborde la question de la conformité de la loi à un élément supérieur, en soi, indépendamment de la méthode constitutionnelle, de la légitimité de la règle, donc.

Cette présentation prend un tour singulier depuis une autre décision de la Cour de cassation du 11 juin 2010 (29) dans laquelle était invoquée la constitutionnalité de l'article 695-27 du Code de procédure pénale, *au sens où il est interprété* par les juges (30). Nous sommes, là, au cœur de l'apparence de légitimité dans le contrôle de conformité de la loi.

Depuis la « révolution constitutionnelle » de 1971, en effet, le contrôle de constitutionnalité a intégré une méthode décisionnaire très éloignée du standard kelsénien puisque le Conseil a ouvert les portes d'une *interprétation* de ce que la jurisprudence constitutionnelle nomme « Constitution », qui relève de son pouvoir discrétionnaire sans doute, mais relève d'une interprétation qui donne aux décisions du Conseil, et non plus à l'« écrit Constitution », la part première. Il suffit pour s'en persuader de saisir la crainte des parlementaires face à un contrôle de constitutionnalité *ex ante* et le résultat, parfois surprenant, des décisions du Conseil qui « invente » des principes constitutionnels comme s'il en pleuvait, et dans toutes les directions, au nom de l'objectif de garantie des droits. Ce faisant la pratique décisionnelle du Conseil constitutionnel s'inscrit dans une démarche réaliste, au sens où Michet Troper le décrit dans sa théorie réaliste de l'interprétation.

Il est d'autant plus surprenant, alors, d'observer ce *réalisme* interne confronté au normativisme de façade qu'oppose aux tiers le Conseil constitutionnel. Ce faisant, et même depuis 1971, le contrôle de constitutionnalité demeure un contrôle *formel*, et point un contrôle réellement *substantiel*, puisque même s'il a élargit la part substantielle de la norme de référence, il ignore la part de substantialité de la norme contrôlée.

En outre, ce contrôle est essentiellement vertical : il oppose une norme dite supérieure à une norme dite inférieure, alors que très souvent, les conflits de normes se présentent de manière horizontale : principe d'égalité contre différenciation, principes de liberté en conflit, liberté du travail contre liberté contractuelle ou liberté du commerce et de l'industrie, etc., et il n'est pas toujours aisé de mesurer un degré de supériorité, pour autant qu'il existe, de sorte que, comme Pascal Puig l'avait parfaitement montré, le système hiérarchique dans les conflits de norme fait place à un principe hiérarchique (31), régi par exemple par une technique de proportionnalité.

Or, c'est sans doute très exactement ce qu'il y a derrière la crise engagée par la Cour de cassation, crise plus profonde et simplement révélée au grand jour début 2010,

---

29 Cass., QPC, 11 juin 2010, n° 10-81.810.

30 L'article 695-27 du CPPP précise que toute personne appréhendée en exécution d'un mandat d'arrêt européen doit être conduite dans les 48 heures devant le procureur général territorialement compétent. Pendant ce délai, les dispositions des articles 63-1 à 63-5, concernant les droits des personnes gardées à vue sont applicables. Or, dans un arrêt du 1er mars 2006 puis dans un arrêt du 13 avril 2010, rejetant précisément le pourvoi d'un arrêté à vue, la Cour de cassation indiquait que la rétention judiciaire en exécution d'un mandat d'arrêt européen ne poursuivait pas le même objet qu'une mesure de garde à vue, ce qui autorisait le cumul avec celle-ci pour une durée totale excédant 48 heures (Cass. crim. 1<sup>er</sup> mars 2006, Bull. crim. n° 62 ; 13 avr. 2010, D. 2010. AJ 1214).

31 P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe, RTDciv.2001, p. 749.

le rejet d'un cynisme consistant à confiner un réalisme évident dans le strict cadre de la décision constitutionnelle pour mieux étaler la gloire du normativisme au-delà.

La norme contrôlée en effet, ce n'est pas une simple « disposition législative », c'est mieux que cela, et c'est une norme qui, à bien des égards, est déjà largement auto-contrôlée, en terme d'efficacité, d'autorité, de réception par le corps social, bref, en termes de légitimité, et ce par des centaines, des milliers de pratiques ou décisions de justice.

## 2. L'hypothèse d'un bloc de légitimité dans le contrôle de conformité

17. – Si l'on fait le constat que le contrôle de conformité des lois, et notamment le contrôle de constitutionnalité, n'assurent qu'imparfaitement, au mieux, la légitimité de la norme, on peut en déduire – ou supposer – que cette légitimité peut être atteinte par d'autres moyens.

La question de la légitimité de la norme est ici corrélée à l'idée, émise à titre d'hypothèse, d'un bloc, un « bloc de légitimité », qui, à notre connaissance, n'a pas été isolé de manière particulière, l'expression « bloc » visant à isoler ces questions de légitimité et à montrer, à l'instar des autres blocs, le mécanisme de contrôle qui peut en résulter.

La norme, quelle qu'elle soit, avec ses défauts et ses qualités, est en effet *réelle*. Elle contient des règles, elle s'applique, bien ou mal, elle est ou non sanctionnée, etc., elle est valide au sens où l'envisagent les positivistes normativistes.

Toute autre cependant est la question de savoir si cette norme est *légitime*. Une proposition positiviste « hégélienne » pourrait considérer qu'une norme réelle est légitime et réciproquement. On admettra cependant, toujours comme hypothèse, que ces questions sont différentes, quoique liées : une norme peut être réelle et légitime, réelle et non légitime, légitime mais non réelle, non légitime et non réelle. Ce faisant, la question de la légitimité de la règle est distinguée de sa réalité, de la question qui consiste à savoir si une norme est valable, légale, valide.

Par exemple, l'article 544 du Code civil, pris dans son principe et dans ses nombreuses exceptions, fonde la primauté de la propriété, conçue comme un pouvoir entre une personne et une chose, un pouvoir exclusif et absolu, sauf ses exceptions et limites. Cette règle – qui d'ailleurs se conçoit dans son intégralité, toutes les loi et toute la jurisprudence, est ce faisant difficile à exprimer sinon par un code langagier, celui de « propriété » – est *a priori* valable, en termes de conformité. Cette validité résulte ainsi de la loi, le Code civil et les lois qui l'accompagnent, elle est *a priori* valide au regard de l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel de la CEDH, de l'article 17 de la DDH, etc., sous réserve du contrôle de telle application particulière. Autre est la question de savoir si ce pouvoir et si les règles, le principe ou les exceptions, chacune des règles qui composent la question de la propriété sont légitimes, alors qu'on admettra sans peine que, dans un état libéral, la propriété et au centre des légitimations ou des contestations, voire de règles annexes, comme la question de l'installation des Roms, particulièrement actuelle. De même, l'article 144 du Code civil dispose que « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus » depuis 2004 et la Cour de cassation précise que le mariage est l'union « d'un homme et d'une femme » depuis 2007. Ces règles sont valides au regard du droit français ou de la CEDH : le mariage homosexuel n'est pas reconnu en France, sauf pour des étrangers homosexuels mariés régulièrement selon les lois de leur pays qui s'installent par exemple en France. Autre est la question de

la légitimité de ces règles. Il en est ainsi de toutes les règles : le droit n'est pas neutre, pas plus le contenu du droit que la théorie du droit.

**18.** – On peut cependant aisément constater que la question de la « légitimité » d'une norme, de la norme, de la loi, le respect des lois, la soumission au droit, quelle que soit la formule retenue finalement, n'est pas, en général, au cœur de la réflexion juridique parce qu'elle est souvent considérée comme allant de soi : la répétition de la règle fonde sa légitimité, la sanction surtout que promet son non-respect la justifie amplement et invite à une « soumission au droit » n'appelant guère à se soucier de sa légitimité.

Dans un sens déjà plus raffiné, la légitimité est considérée comme équivalente à la légalité : la légitimité se confond alors avec la régularité formelle, ce qui correspond, *grasso modo*, à la pensée positiviste, la règle est et est légitime parce qu'elle est, qu'elle est *posée*, ce en quoi la théorie du droit est en réalité absorbée par une dogmatique juridique élargie.

Dans un sens encore plus fin, mais hélas globalement isolé – ce qui conduit, à quelques exceptions, belges notamment, à se tourner vers la littérature américaine en la matière –, la question de la légitimité est, au contraire, une recherche, une fin, un idéal vers lequel la légalité doit tendre, soit en application d'un principe de discutabilité des arguments, soit en application d'une norme considérée comme supérieure, le droit naturel notamment, *un* droit naturel plus précisément.

De manière également fine, mais assez irréductiblement opposée à la précédente, la légitimité de la norme repose sur sa seule interprétation, c'est la thèse réaliste, ultra positiviste pourrait-on parfois penser, avec quelques bémols cependant, comme on pourra l'observer.

**19.** – Ces observations mettent en œuvre des fondements différents permettant d'améliorer les moyens d'assurer un contrôle de conformité des lois qui dépasse le cadre de la légalité et puisse tendre vers la légitimité, moyens empruntés au raisonnement ou au discours.

La méthode normativiste peut ainsi être rapprochée de la logique cartésienne ou rationaliste, qui conduit à raisonner par induction, par une inversion du modèle cartésien. Celui-ci en effet repose sur l'idée combinée de *causalité* et de *syllogisme* : tout phénomène a une cause ou une justification (majeure), A (la propriété, par exemple) est un phénomène (mineure), donc A (la propriété) a une justification (solution). La causalité-justification consiste ainsi, par induction progressive, à considérer que la majeure est elle-même le résultat d'un syllogisme. On peut ainsi remonter l'enchaînement des causes jusqu'à retrouver la cause ultime, celle qui se suffit à elle-même, Dieu, la démocratie ou bien des valeurs, plus ou moins posés tels que les droits et libertés fondamentaux. Cela étant, ce raisonnement consiste à identifier un achèvement du raisonnement inductif, par nature : il y a nécessairement une fin et cette fin est incontestable. Il suffit donc de redescendre dans le raisonnement, par déduction. On pourrait dire également qu'elle est posée ; ainsi le lien avec le positivisme peut être réalisé. Comme on disait avec Descartes (et pour résumer) que la propriété est justifiée parce que Dieu existe, on dirait que la propriété est justifiée parce que les droits et libertés fondamentaux existent en eux-mêmes, qu'ils sont posés. Ainsi, le fondement d'une règle est aisément identifiable et une fois ce fondement identifié, il est efficace pour contrôler n'importe quelle règle. C'est effectivement suffisant pour l'essentiel, à la condition cependant que tout le monde joue le jeu des droits et libertés fondamentaux et surtout *croit* en leur caractère fondationnel et indiscutable. La légitimité comme

fondée sur des principes devient ainsi une croyance. Or, il y a dans cette croyance une part de subjectivisme, d'irrationalité contraire au principe même du rationalisme, faisant d'un syllogisme causal un sophisme, une illusion, que dément, d'ailleurs, le simple écoulement du temps.

La prétention à la *disputabilité* de ce discours, en tant que les arguments utilisés relèvent de critères scientifiques, est aussi critiquable que celui qui tendrait à considérer que la raison, cause ultime, est celle qui est révélée par les sensations, par un empirisme visant à repérer le sentiment, réel ou supposé, du plus grand nombre sur cette sensation de légitimité, ce qui est peu ou prou la méthode utilitariste : le légitimé est ainsi assimilé au bien-être.

Cette double illusion peut-être levée si l'on observe qu'aucun sentiment définitif, ni objectif, ni subjectif, ne peut figer, graver l'idée de légitimité, mais que celle-ci relève du débat (de l'intersubjectivité), telle qu'amorcée par la méthode kantienne par exemple. Celle-ci s'oppose par nature à la méthode cartésienne. En effet, si les valeurs dans lesquelles on explique et justifie le réel, par exemple les règles de droit, sont – à défaut de Dieu – celles de liberté, de justice, de vérité notamment, ces valeurs sont considérées, depuis Kant, comme inconnaissables, faute de pouvoir se les représenter. C'est un jeu auquel tous les adolescents se sont adonnés, savoir si la couleur que je considère comme orange était bien orange en réalité, et qui prend un tour plus complexe dès que la couleur orange est remplacée par Dieu, la Justice, la Vérité, le Beau (32). De même que je ne peux me représenter ce qu'est Dieu en soi, je ne peux me représenter l'idée de Justice en soi. Je peux me faire une représentation de Dieu ou de la Justice en moi, mais sans certitude que ces représentations sont bien identiques ou conformes à l'idée de Dieu ou de Justice en soi, et la concurrence de ces représentations, celles de toutes les personnes qui s'en font une, ne fait qu'éprouver l'impérieuse nécessité de mesurer les mécanismes, les discours, permettant de connaître, d'isoler ou simplement d'approcher l'idée de Justice en soi. D'où il ressort que la garantie divine que la Justice ou la Vérité est ceci ou cela, en soi, n'est pas possible, pas plus qu'est possible la garantie par les droits et libertés fondamentaux, sacralisés, que la Justice ou la Vérité leur correspond. La *Critique de la raison pure* a en effet condamné la méthode cartésienne, laissant alors vacantes les représentations de ces notions en soi.

Dès lors, si ces causes ultimes n'existent pas en tant que causes ultimes, cela ne signifie nullement que les valeurs correspondantes ne peuvent être identifiées, laissant place ce faisant à la (re)création du droit et de ses fondements inscrits dans un débat. Il pourrait s'agir d'une convention, à la façon utilitariste : les hommes conviennent par *contrat social* (celui de Hobbes et de Locke), par la coopération, de déterminer le sens de ces valeurs. Il peut aussi s'agir d'un débat permanent. La représentation de l'idée de Justice, de Vérité, c'est le résultat accepté d'un débat argumenté, d'une nouvelle rhétorique, sur la base de discours eux-mêmes acceptables. Il y a mille lieux pour ces discours, le Parlement, les médias, la doctrine scientifique par exemple, mais l'un d'entre eux est précisément l'espace judiciaire, en raison notamment de la processualisation des

---

32 Un biais repose sur une conception construite des valeurs : ainsi je peux figurer le Beau comme une reproduction harmonieuse de la nature. Dans l'Antiquité, le Beau est lié à un ordre objectif, celui de l'ordre des proportions, de telle manière que le jugement subjectif du beau reposait sur son adéquation objective avec la nature. Le Beau est ainsi sacré, une intercession entre les Dieux et les hommes, « l'Art du vrai », selon Boileau, poussé à l'extrême par Rameau et sa prétention à une « science poétique ». Cependant, après la Renaissance, le Beau change de perspective, avec la montée de l'individualisme qui autorise un jugement subjectif, celui des émotions. Dès lors, le jugement sur le goût devient compliqué comme dans la Critique de la faculté de juger de Kant et sa célèbre antinomie : on ne saurait *discuter* le goût (parvenir à un accord) mais on peut *disputer* le goût (confronter les arguments). De la même manière, mais avec plus de difficultés et de circonvolutions en est-il du jugement sur le Juste.

débats, ce qui, en cascade, suppose l'identification de cet espace, des méthodes de présentation des discours argumentés, du personnel judiciaire et de sa formation, sa psychologie, ses raisons, son tempérament, entre activisme et retenue, suivisme et rébellion, médiocrité et génie, le « surhomme » juridique de Ronald Dworkin par exemple, etc.

Si l'on suit ce raisonnement, le droit, ce n'est donc pas (ou plus) un ensemble de postulats figés qui sont censés représenter la Justice, la Vérité, les Droits et Libertés fondamentaux, mais le résultat d'un discours, d'un débat sur des valeurs sont l'existence et le sens sont eux-mêmes au cœur du débat. Or, ce débat n'est pas une contrainte mais une vertu désintéressée (et en cela la méthode kantienne, très éloignée de l'utilitarisme qui justifierait la recherche de Justice par le seul intérêt, présente de très fortes similitudes avec l'esprit de la méthode rousseauiste et de l'esprit républicain français), un impératif catégorique visant non pas à rechercher, par induction, la cause d'une règle pour retrouver Dieu, mais au contraire à rechercher, par les arguments et le discours, la raison d'une règle et ce de manière permanente (et peut-être pour trouver Dieu, mais point comme postulat).

Il en est de même de la question de la légitimité, qui est une autre façon, plus générale, d'englober l'idée de justice ou de vérité, disons les valeurs, les valeurs à identifier, les valeurs en débat, de manière à vérifier que les normes sont bien conforme à cette ensemble qui fonde leur légitimité.

**20.** – Il en résulte, comme première conséquence, que le droit peut s'envisager de deux manières.

Il y a d'une part, le droit « photographié », le droit réellement positif, ce qu'est le droit à tel date, telle heure, encore qu'il soit assez difficile alors d'en mesurer la justesse : ainsi, à cette date et à cette heure, est peut-être adoptée une loi importante, un revirement de jurisprudence essentiel dont on n'a pas encore pris la mesure.

Il y a donc un autre droit, l'ensemble du précédent, mais envisagé dans le cours du temps, le temps passé, car le droit d'aujourd'hui, c'est le résultat du droit d'hier, et parfois venu de très loin, ce qui justifie le travail remarquable et souvent injustement méconnu des historiens du droit, et le droit de demain, et donc les moyens de prévoir ou à tout le moins d'envisager le champ des droits possibles de demain, mais encore les raisons qui pourraient faire que, demain, le droit s'oriente dans un sens ou dans un autre. C'est une précaution constante : une opinion juridique demandée à un spécialiste se pose en fonction du droit d'aujourd'hui, mais surtout en fonction des évolutions probables ou possibles ; ce qu'attend le justiciable c'est moins de savoir si une solution envisagée est valable aujourd'hui que de savoir si elle le sera encore demain. Or ces évolutions dépendent de facteurs qui ne sont pas uniquement techniques, mais au contraire sociaux, politiques, philosophiques, économiques. Le droit est donc non pas une photographie, mais pour reprendre cette métaphore, un film, avec une bande son, des acteurs, des scénaristes, des producteurs, etc.

Ainsi, le droit est tout à la fois un objet et un discours, l'objet « droit » fondé par le discours juridique. Il semble cependant réduit, dans son acception, par une théorie « pure » du droit, à la loi avec une place, limitée, pour l'interprétation dite alors *authentique*, tandis qu'une théorie plus dynamique, éventuellement « réaliste » au sens où on l'envisage par ses fondements empiriques, ne saisit pas le droit comme déjà écrit, mais à écrire, et comme fondé sur l'interprétation et donc l'articulation des discours possibles. Il est également parfaitement entendu que ces deux analyses ou théories du

droit son inconciliables, irréductibles ; chacun choisit son camp, notamment à l'aune d'une théorie de la légitimité.

Il apparaît en toute hypothèse que la mise en œuvre d'un droit qui prétend à la légitimité suppose un contrôle de conformité des normes, que le contrôle de conformité tel qu'il existe aujourd'hui y participe, *en tant que contrôle de légalité approfondi*, mais n'est pas suffisant.

**21.** – Il en résulte une deuxième conséquence, en termes de méthode, disons de méthode d'interprétation. Sans doute, les conditions d'un discours critique sur le droit, comme l'a pu être celui de Gény, de Saleilles ou de Demogue, pour modifier la technique de l'interprétation alors figée par l'École de l'exégèse ne sont plus rassemblées, voire ont été éradiquées par le discours de Ripert (cf. infra, n°24).

Et pourtant, dans ce silence, des questions de pure légitimité de normes sont posées à tout moment et, le plus souvent, résolues, voire mises en œuvre, par les juristes, dont ceux de droit privé sans aucun recours à la méthode constitutionnelle : la question de la rétroactivité d'une règle jurisprudentielle, celle de l'autorité d'un principe « inventé » par la Cour de cassation, le recours à l'équité, au raisonnable (33), à tel autre standard juridique, etc., le tout pour gérer des situations comme celle des mères porteuses, du mariage homosexuel, du transsexualisme, de la responsabilité médicale, de la question de la qualité de l'exécution d'un contrat, etc. : les cas difficiles. Ces cas difficiles mettent en scènes une demande en justice qui impose, pour résoudre le problème de droit posé, de dépasser l'état du droit actuel, soit parce qu'il convient d'interpréter une norme de manière originale, soit par qu'il en résulte la discussion de la validité d'une norme, soit parce que cela justifie de créer une règle nouvelle.

Questionner le droit privé sur la certitude ou l'incertitude des fondements de ses institutions, des « notions fondamentales du droit privé » pour parler comme Demogue, qui a eu tant d'influence sur le réalisme nord américain et si peu en France, c'est pleinement une démarche qui se présente en termes de légitimité (34).

On admettra, pour utiliser un exemple très connu en droit privé et qui a fait déjà couler beaucoup d'encre, que l'interprétation et l'application de l'article 1134, al. 3 du Code civil, dans un sens ou dans un autre est une réponse à une question de politique juridique, dans un sens de justice morale ou sociale d'un côté ou au contraire d'individualisme, de sécurité juridique, de l'autre et que, par conséquent, le choix finalement retenu – et par qui ? – se pose en termes de légitimité (cf. infra, n°23). En toute hypothèse, la question de la légitimité se pose et se pose durement puisque les réponses peuvent être radicalement différentes.

**22.** – C'est donc un mode totalement nouveau de rhétorique judiciaire qui peut s'ouvrir, perspective qui, aujourd'hui et pour demain, demeure très hypothétique et en toute hypothèse, limitée, comme si, d'ailleurs, *personne n'y croyait*. Cette attitude qui avait déjà prévalu au temps de Gény et Demogue est l'un des mystères de la science du droit française. Un personnage important du Conseil d'Etat et ayant œuvré au Conseil constitutionnel (35) me demandait, d'ailleurs récemment à propos de la QPC : « au fond quelles sont les règles du droit privé qui pourraient être réellement contrôlées » ?

---

33 Cf.D. Mainguy, « Le raisonnable en droit « des affaires », in *Les concepts émergents en droit des affaires*, sous la direction de Erik Le Dolley, LGDJ, collection Droit et économie, juin 2010, p. 307.

34 Comp. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, op. cit., n°81 s.

35 Comp. D. Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, op.cit. : le travail constitutionnel est en réalité réalisé par le secrétaire général du Conseil, toujours membre du Conseil d'état et par des rapporteurs non membres du conseil. Ce n'est donc pas le conseil qui « juge ».

Aucune ou presque faisait-il le pari, au sens du contrôle classique de constitutionnalité de la loi, c'est-à-dire dans lequel la loi *est* le droit, comparé au reste, le fait, et non un fait parmi les autres, un fait sans doute essentiel, mais un fait, comme le présupposerait l'analyse réaliste. Que penser de la légitimité de certaines dispositions du Code civil, dont le moins qu'on puisse en dire est que ses qualités démocratiques dans son mode d'adoption ne sont pas manifestes, de l'article L. 330-1 du Code de commerce, reprise d'une loi du 14 octobre 1943, de bien d'autres dispositions issues des lois de Vichy ? Elles semblent valables au regard des principes constitutionnels grâce à quelques tours de magie légistique mais sont-elles légitimes ? Que penser du *droit* des contrats par exemple ? Il faudrait d'abord savoir ce que c'est. Est-ce l'ensemble des dispositions législatives, et lesquelles, celles du Code civil, celles du code de la consommation, l'ensemble des dispositions intéressant les contrats, est-ce un ensemble plus vaste intégrant les décisions de jurisprudence et les raisonnements de la doctrine ?

Une approche, sans rigueur, de la légitimité, quels qu'en soient les termes, moraux, en termes d'analyse économique, sociale, sociologique, etc., n'est peut-être pas si nouvelle en droit français, mais elle est soit transparente, inaudible ou invisible, ou bien étouffée, masquée, contenue, par l'analyse dogmatique.

Ce qui la rendrait visible serait l'acceptation du rôle de l'interprétation, de l'interprétation réaliste par exemple, notamment en droit privé, ce serait l'intégration dans les raisonnements juridiques de cette masse nouvelle de normes, les normes économiques, sociales, mais aussi juridiques, constitutionnelles, dont on peut prévoir qu'elles occuperont une place toute particulière en droit pénal, en droit des personnes et de la famille, en droit social et en droit des affaires.

**23.** – Ce n'est pas nouveau si on admet trois choses. En premier lieu, il convient d'admettre la place de la jurisprudence, c'est-à-dire du résultat concret d'un débat, celle-ci étant un peu moins discutée, et depuis plus longtemps, en droit public qu'en droit privé – ce serait d'ailleurs le comble si l'on s'en tient à la genèse du droit administratif – ; c'est l'un des problèmes essentiels.

En second lieu, le fait que le juge, et notamment judiciaire là encore, joue parfois le rôle d'un juge constitutionnel, chaque fois qu'il interprète une loi, qu'il crée un principe notamment, mais également lorsqu'il écarte une norme interne par référence à une norme supérieure, le sens des termes « juge constitutionnel » étant considéré ici comme équivalent à celui de contrôleur de la norme, quelle que soit la méthode de contrôle.

Toutefois, le rôle du juge est bien plus important que celui d'un simple juge constitutionnel, c'est-à-dire de contrôle de la conformité de la norme contrôlée à la norme supérieure.

Chaque fois que le juge favorise une interprétation plutôt qu'une autre ou qu'il crée une norme (et non une autre), il assume en effet un double rôle. Il assume d'abord celui d'un interprète éventuellement créateur et, ce faisant, assume un rôle de législateur. Il assume également le rôle d'un contrôleur, plus ou moins explicite, de conformité de la loi à un référent supérieur, qui peut être une norme supérieure, la Constitution, la CEDH, le droit communautaire, ou bien une norme informulée : l'équité, la dignité, la liberté, l'égalité, la mesure d'un standard juridique, par exemple, c'est-à-dire, tout bien considéré, un contenant quelconque du bloc de légitimité.

Ainsi, lorsque le juge (la Cour de cassation) décide que la bonne foi contractuelle s'interprète d'une façon telle que celle-ci puisse déterminer des obligations que le contrat ignorait expressément, il se fonde sur un référent et crée une norme susceptible d'être

répétée, mais cette création qui résulte d'un travail d'interprétation, suppose d'abord qu'un choix ait été réalisé. Ce choix peut se résumer ainsi : face à la formule de l'article 1134, al.3 du Code civil qui dispose que « *les conventions s'exécutent de bonne foi* », la Cour de cassation observe une « situation » à contrôler, un arrêt d'appel. Une « situation » : ce n'est pas une norme, le phénomène jurisprudentiel n'est en effet pas identifiable à la somme des décisions de justice. Le juge suprême établit ensuite une norme de référence, à savoir le fait que ce texte suppose (ou ne suppose pas) qu'il faille s'en tenir à la lettre du contrat, quelle qu'en soit la raison ici, parce que cela lui apparaît conforme à un référent supérieur exprimé en termes de légitimité, débattu devant lui ou bien en doctrine, le fait que c'est plus juste, logique ou utile.

Une parenthèse importante aurait été ici méritée pour insister sur le fait que la décision du juge dépend ou bien de son propre vouloir, ce qui impose l'étude de la retenue ou de l'activisme judiciaire et donc de la psychologie du juge et des acteurs judiciaires, mais aussi la prise en compte de l'hypothèse du chaos, ou bien qu'elle dépend des termes du débat ouvert devant lui, ce qui n'est pas rien, et participe de la théorie de la décision judiciaire. Une autre parenthèse aurait justifié de traiter de la question du devoir ou du pouvoir du juge de décider et d'appliquer telle ou telle solution (36).

Ce juge vérifie ensuite que la situation contrôlée, l'arrêt d'appel, est bien conforme à la norme de référence, l'article 1134, al.3 du Code civil interprété à la lumière de la jurisprudence qui lui fait corps et de l'interprétation qu'il s'en fait. En cas de réponse négative, sa décision s'analysera en un revirement de jurisprudence ; en cas de réponse positive, elle sera considérée comme une confirmation voire une nouvelle avancée de la jurisprudence.

Cette fois, au-delà de l'admission de l'autorité de la jurisprudence, se pose la question des conditions de cette interprétation et de son extériorisation, donc la question du pouvoir du juge, de la forme des arrêts de cassation, de leur motivation, de l'expression de celle-ci, etc., c'est-à-dire de résoudre cette difficulté en termes de théorie de la décisions judiciaire.

En troisième lieu, si on cherche à observer le référent de ce contrôle opéré par le juge judiciaire, on peut s'interroger sur l'existence de ce référent et si, la recherche n'est pas vaine, la corrélation entre ce référent et les quatre blocs. Sans doute y a-t-il bien des éléments communs entre le contenu de ces blocs et celui de ce référent. Nous supposons cependant, à ce stade, que au-delà de ces éléments communs, exprimés de manière plus ou moins explicites et voisines dans les normes constitutionnelles, communautaires, conventionnelle ou dans le bloc de légalité, s'ajoute des éléments spécifiques, à identifier.

C'est précisément à ce stade que la question d'un « bloc de légitimité » des normes s'impose, voire de la légitimité de ce contrôle (37).

**24. –** Une théorie de la décision judiciaire présentée en ce sens peut être considérée comme *une* théorie réaliste de l'interprétation, sur la base présentée en France par Michel Troper. Il est parfaitement clair qu'il s'agit, à ce stade, d'une théorie positiviste, tout aussi neutre que le normativisme qu'elle combat, sauf si on retient et insiste sur les logiques d'interprétation qui sont tournées vers la légitimité de la norme.

---

36 Comp. R. Dworkin, « Prendre les droits au sérieux », op. cit. p.137.

37 S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », Mélanges F. Terré, 1999, p. 761.

En premier lieu, une forme d'analyse réaliste est née, en France, au tournant du XIX<sup>ème</sup> et du XX<sup>ème</sup> sous la plume d'auteurs comme Saleilles ou Demogue, pour éviter les excès produits par le libéralisme induit par le Code civil et mis en scène au cours de la Révolution industrielle depuis la Monarchie de Juillet et l'utilisation des grandes libertés. Liberté contractuelle, liberté du travail, liberté du commerce et de l'industrie conduisant à des désastres sociaux menaçant l'équilibre même de la société à coups de promesses d'une Révolution socialiste, de la Commune, de bombes anarchistes, etc., de sorte que la question de la « socialisation » du droit s'est présentée comme on construit une digue : il s'agissait de proposer une série de compromis sur la base de raisonnements utilisant toutes les ressources des autres sciences, économiques, sociologiques, psychologiques, etc., le tout étant théorisé par René Demogue dans ses *Notions fondamentales du droit privé*, en 1911. Il s'agissait donc de conférer un pouvoir d'interprétation au juge – libre –, et donc de sacrifier à l'objectivisme de l'interprétation du Code civil pour admettre une part de subjectivisme judiciaire, par une révélation juridique du « réel », du « social », du débat. La voie était tracée pour un réalisme français de l'interprétation, fondée sur une première approche de (re)légitimation du droit. Toutefois, ce réalisme n'a pas prospéré puisqu'il a été, dès le départ, contenu afin d'éviter tout excès, tout « arbitraire » du juge et, pour dire les choses clairement, les éventuels excès de juges socialistes, d'imposer un modèle fondé sur des catégories juridiques définis par la doctrine, sous la forme d'une théorie générale des diverses institutions encadrant le pouvoir d'interprétation du juge. Par conséquent, à un dogmatisme juridique, celui de l'exégèse fut substitué un autre dogmatisme juridique, l'œuvre de Saleilles et surtout de Ripert (38).

Le réalisme français proposé par Demogue qui ne fut qu'un prétexte pour imposer ce dogmatisme « raté » et évolué en un positivisme nostalgique déprimant (cf. supra, n°10) a cependant eu une influence déterminante sur le réalisme nord américain, qu'on a appelé aussi le courant social nord américain, sous la plume de Roscoe Pound notamment et devenu l'école de la *sociological jurisprudence* ou *Law and society*, *Law and Economics* où le droit apparaît comme objet d'un scepticisme autour de quelques notions floues, les standards juridiques, comme celui, fondamental, du *Reasonable man*, et son écho, faiblement entendu en droit français.

25. – L'adhésion à une thèse réaliste associée à une tentative d'explication de la légitimité de la norme peut sembler alors totalement contradictoire. Si l'interprète est libre de son interprétation et que cette liberté est certes contrainte mais point par des critères juridiques endogènes, du type de la croyance en des valeurs, ou en des règles supérieures, le concept de légitimité, pour autant qu'il existe, est étranger à la TRI ou la TCJ de Michel Troper.

Cette opposition majeure peut levée si on vient bien admettre deux points.

Le premier tient au fait que la TRI est associée à son maître Michel Troper qui ne cache pas son adhésion à la philosophie analytique (faisant fi de toute référence à des valeurs, à des concepts préexistants de type idéaliste, etc.), il n'en reste pas moins que la réception de la proposition de la TRI, par exemple en France, qu'on n'appellera alors plus TRI – celle-ci étant la TRI de Michel Troper – peut être dépassée et se distinguer

---

38 Ch. Jamin, « Une lecture croisée de Saleilles, Demogue et Ripert », op. cit.

de la proposition initiale, vers donc un réalisme français critique, ou un *nouveau* réalisme *critique* pour ne fâcher personne (39).

La seconde tient au fait que l'un des problèmes de la TRI repose sur l'apparent cynisme de son auteur qui tiendrait au fond dans l'indifférence liée au résultat de son application : peu importe la décision, son sens son contenu, elle sera la règle. Le moindre doute dans ce résultat conduit alors, dans la perspective d'une anarchie redoutée, à s'abstenir.

En même temps, ce cynisme est apparent et les doutes peuvent être levés dans le cadre de la *théorie des contraintes juridiques*, la TCJ. Parmi toutes celles qui ont été déjà identifiées, la place de l'idée de vertu désintéressée, l'activisme ou la retenue judiciaires doivent être singularisés. Au sein de ces critères, la part de référence à des valeurs exprimées en termes de légitimité, avec la difficulté propre à ses représentation, s'ajoute certainement une dernière contrainte qui est celle de la séduction : l'interprète souverain agit en gouvernant, il agit en le sachant pertinemment (à défaut il n'aurait pas été désigné) et il agit dans le but d'obtenir l'adhésion, de convaincre, bref de séduire, séduire dans l'instant et séduire pour l'avenir. Par conséquent, le risque de décisions anarchiques ou confuses n'est pas plus élevé que s'agissant de l'édiction des lois (et un esprit un peu taquin pourrait même affirmer qu'il est plus réduit). Ce dont il résulte que les juges légitimes sont ceux qui répondent à ces critères, ce qui est le cas des cours souveraines, avec un énorme bémol pour le conseil constitutionnel.

**26.** – Plusieurs exemples marquants viennent à l'esprit de manière immédiate pour illustrer l'hypothèse d'un bloc de légitimité dans lequel plaideur et juge peuvent puiser à loisir pour fonder ou critiquer la légitimité d'une norme.

C'est le cas, très connu, de l'irruption de l'article 1384, al.1<sup>er</sup> du Code civil, par deux fois d'ailleurs, une première fois à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle pour identifier un principe général de responsabilité du fait des choses d'un texte jusqu'à présent considéré comme une simple introduction à la suite de l'article 1384, contenant les règles normatives devenues règles spéciales de responsabilité du fait des choses, et une deuxième fois un siècle plus tard pour identifier une responsabilité du fait d'autrui, là encore sous une forme générale. La « légitimité » de la règle a été au cœur de l'adoption de cette immensité jurisprudentielle de manière permanente. Dès le départ, l'arrêt *Teffaine* cherchait à « concurrencer » le législateur dans la course à un régime des accidents du travail, et tout le long de la construction de ce régime *prétorien* de responsabilité s'établira un débat sur la meilleure façon d'assurer un régime de responsabilité, avec ou sans faute, puis d'indemnisation des victimes.

C'est bien entendu le cas de l'enrichissement sans cause, sur le fondement de l'équité, en 1892, celui du droit de rétention, celui de l'abus de droit, celui de l'action directe dans les contrats, de l'indivisibilité, de l'autonomie de la clause compromissoire, du principe de ne pas se contredire aux dépens d'autrui, de l'estoppel, de la sanction des troubles du voisinage, le contrôle des clauses de non concurrence, des clauses limitatives de responsabilité, des clauses « exagérées » de manière plus générale, la question de savoir si le préjudice doit être causé directement ou non par le fait générateur et plus globalement toute la glose judiciaire savante sur la cause, sur le contenu de la force majeure, la question du « dol de l'acheteur », et plus généralement de l'irruption du concept de lésion indépendamment de son expression technique limitée, celle

---

39 Le terme « critique » est réputé de « gauche », selon la méthode des *Critical Legal studies* et la méthode critique du droit française (Cf. M. Miaille, Introduction critique au droit, Maspero, 1974), tandis que le terme « nouveau » est généralement considéré comme de « droite ».

aujourd'hui très pesante des conditions et des effets de la rupture du contrat, du rôle du droit de la concurrence, etc. C'est le cas encore de la portée de l'article 1128 du Code civil, qui pose les limites de ce que l'on appelle le « commerce juridique », définissant le champ du contractuel par une tautologie : seules les choses qui sont le commerce juridique peuvent faire l'objet d'un contrat, étant entendu que les choses dans le commerce juridique sont celles qui sont susceptibles de faire l'objet d'un contrat. L'un des exemples les plus déterminants en ce domaine nous semble être représenté par celui de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 31 mai 1991 (40) qui, sur le problème de la maternité pour autrui, considérait que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». Or, on cherchera en vain, préalablement à cette décision, un principe d'indisponibilité des personnes, propre à empêcher la conclusion d'un contrat de location d'utérus, ou un principe d'indisponibilité de l'Etat des personnes, de nature à faire obstacle à l'adoption subséquente. Dans cette affaire, la Cour de cassation invoquait deux principes qui n'avaient jamais été formulés – par la loi s'entend, même si le second pouvait s'inférer de la formule de l'article 311-9 du Code civil de l'époque (41) – de pures créations par le juge et qui, à bien des égards pouvaient contrarier bien d'autres pratiques que celles de la location d'utérus (42). En toute hypothèse, la décision de la Cour de cassation en 1991 préfigurait le texte de la loi bioéthique de 1994, et le faisait en traitant la question d'une manière technique et en termes de légitimité de la règle ancienne et de la règle nouvellement créée, cette légitimité étant, par nature, discutable (et d'ailleurs discutée), avant comme après l'arrêt de 1991.

Les exemples ne manquent pas dans la jurisprudence moderne, ils sont même au contraire permanents, systématiques et pas du tout contingents, « limites » comme la doctrine constitutionnelle l'estime, mais au contraire extrêmement courants.

Ils peuvent être identifiés comme les « cas difficiles » à la façon dont les envisage Ronald Dworkin (43). Ces cas difficiles se présentent chaque fois que la norme applicable, quelle qu'elle soit, d'origine légale ou d'origine jurisprudentielle, est peu claire, difficilement applicable, contradictoire ou absente. Lorsqu'il s'agit de savoir, par exemple, si la libéralité consentie à sa maîtresse, en cas de rupture ou de tentative de prolongation de la relation, est valable ou non, la référence à la « cause » renvoie elle-même à la notion de « bonne mœurs » faute de règle précise et finalement, à un questionnement sur la légitimité de l'interprétation faite ou à faire de la règle, éventuellement pour constater la fin de sa légitimité. Dans l'arrêt de 1999 qui conduisit à l'abandon de cette jurisprudence classique, les parties mises en scène étaient un vieil homme et une jeune femme ; on frémit à l'idée qu'il eut pu s'agir d'un jeune homme,

---

40 Cass. ass. plén. 31 mai 1991, Bull. Ass. Plén. n°4. Rapp. Cass. civ. 1ère, 13 mars 1989, *Association Alma Mater c/ Procureur général d'Aix-en-Provence*, Bull. civ. I, n° 387, p. 260 ; JCP 1990, II 21191, note Ph. Pedrot ; JCP 1990, II, 21526, note A. Sériaux ; D. 1990, p. 273, rapp. J. Massip  ; Defrénois 1990, p.743, note J.-L. Aubert ; RTDciv. 1990, p. 254, obs. J. Rubellin-Devichi. Adde : M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution) », RTDciv. 1992, p. 489.

41 J. Carbonnier, Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation, D. 1978, Chr, p. 233.

42 Cf. M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution) », art. cit.

43 R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit. p. 153 s. Seule la référence sémantique aux « cas difficiles » de Dworkin est ici pertinente, dans la mesure où ce dernier envisage ces cas pour asseoir sa démonstration selon laquelle les juges sont tenus, ont l'obligation (sociale, morale, juridique, c'est tout le sens de sa démonstration) de résoudre ces cas difficiles, ce qui relève d'une autre étude.

noir, ce dont il résulte que ce n'étaient pas les faits, seuls, qui conduisaient au revirement de jurisprudence, mais les faits et la règle applicable, sur fond de légitimité.

27. – Tous ces exemples montrent que les problèmes présentés explicitement en termes de droits et de devoirs et implicitement en termes de légitimité ont été posés et ont été réglés (bien ou mal peu importe) sur la base d'une argumentation, à parfaire si on veut bien admettre que celle-ci relève souvent de la force d'arguments d'autorité, tirés du « coin du bon sens » ou de l'invocation de « principes », mais aussi d'arguments d'analyse économique du droit ou de sociologie. Au-delà de la détermination du référent utilisé toutefois, la question qui vient le plus souvent à l'esprit des juristes est la suivante : de quel droit, de quelle autorité la jurisprudence, c'est-à-dire la Cour de cassation, s'auto-arroge-t-elle ce pouvoir de décider ? Cette *potestas decidendi* précède en effet celle de la *ratio decidendi*. Il y a donc un premier point à identifier, celui de la considération de la jurisprudence comme source et ce faisant du premier temps du réalisme juridique.

Un premier réflexe consiste, assez majoritairement en doctrine, à critiquer ce pouvoir de la Cour de cassation, surtout lorsque la décision déplaît à cette majorité. A la suite de l'arrêt de 1992, par exemple, avaient été rassemblées des études de grandes plumes du droit privé sur le thème *La jurisprudence aujourd'hui. Libres propos sur une institution controversée* (44). Toutes s'offusquaient en termes plus ou moins brutaux sur le pouvoir de la Cour de cassation (45), invitant même le législateur à brider le juge par une modification de l'article 4 du Code civil en y ajoutant un alinéa 2 ainsi présenté : « Toutefois, lorsque la décision à rendre suppose la prise de position de principe sur l'une des matières énumérées à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, le juge doit surseoir à statuer et en référer au législateur ». Quelle formule ! Quel normativisme d'incantation ! Une formule cependant bien excessive, qui conduit à tenter, pour l'avenir, de réfuter tout apport jurisprudentiel, mais une formule inutile sauf à retirer au juge le pouvoir de juger. Elle n'est pas sans rappeler le référé législatif, dont l'objectif était de cantonner le juge dans un strict rôle d'exécutant, référé dont l'échec patent emporta la fin prématurée. Cette formule avive l'idée d'un juge au service d'une loi raisonnable, rationnelle, complète, cette rationalité étant postulée, à la manière cartésienne. Dès lors, à la question de savoir si le juge doit régler un cas difficile, la réponse est claire : cela lui est interdit. Comme cependant le juge y procède, il n'en résulte certes pas que le juge a l'obligation de le trancher, mais il est certain que cela ne lui est pas interdit. Par ailleurs, la présomption de raisonabilité vaut tout aussi bien, ou tout aussi peu, pour la norme décidée par le législateur, que pour celle décidée par le juge suprême. Surtout, pour revenir à la critique kantienne, cette raisonabilité ne peut être que le résultat d'un débat, pas son origine.

Un deuxième réflexe est celui de l'abandon des armes, du pessimisme. A quoi bon lutter contre une institution qui, en toute hypothèse, sort vainqueur de tous les combats ? Que le juge décide de trancher ou qu'il décide de ne pas le faire, cela ne change rien, ce qui sous-tend, une fois de plus, la question du pouvoir discrétionnaire ou du devoir du juge d'appliquer les règles de droit et lesquelles. Pire, n'est-ce pas le hasard

---

44 « La jurisprudence aujourd'hui. Libres propos sur une institution controversée », RTDciv. 1992, p. 338s.

45 Comp. M. Bandrac, « Sur la jurisprudence aujourd'hui », RTDciv., 1992, p. 340 : « Peut-on encore parler d'audace jurisprudentielle et s'attendrir en commentaires attentifs à propos de quelques-uns des arrêts de notre Cour suprême (elle pourtant dont on attend tellement) qui ne sont, en vérité qu'autant de coups de force judiciaires à peine déguisés, voire au contraire médiatisés, et dont on espère tout au plus qu'ils finiront, comme parfois il arrive, en coups d'épée dans l'eau ? Devant les foucades de quelques moins grands juges faudrait-il applaudir sans broncher l'élaboration d'un droit novateur alors qu'il s'agit tout simplement d'attentats aux droits de ceux qui n'ont pas l'heur de plaire, ou à l'inverse de faveurs à ceux dont on veut croire, à tort ou à raison, que l'opinion les soutient ? ».

qui guide le juge dans le maelstrom des institutions judiciaires? Le chaos comme théorie, le cynisme comme fondement.

Un troisième consiste au contraire à tenir compte pleinement de cette situation. La norme n'est norme réelle qu'interprétée et l'interprète est le juge, avec la doctrine d'ailleurs qui, à force d'arguments plus ou moins constructifs, peut soit faire évoluer cette jurisprudence, voire conduire à un revirement de jurisprudence, soit accompagner, suiviste, les évolutions prétorienne. Là encore les exemples sont très nombreux de ce dialogue entre l'autorité judiciaire et l'autorité doctrinale, par le truchement de la pratique judiciaire, celle des avocats qui présente et en scène les différents arguments devant les juges qui les apprécient pour décider. C'est même ce dialogue qui confère à la jurisprudence sa pleine légitimité : l'interprétation admise, commentée, mise en scène par la doctrine et la pratique, apparaît alors comme une coutume savante.

Dans le même temps, la production jurisprudentielle, classiquement associée à une stabilité législative considérée comme devenue trop rigide à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, a longtemps été saluée très favorablement par la doctrine, les arrêts *Boudier*, en 1982, *Teffaine* en 1896, déjà, se présentaient comme des combats entre le juge et le législateur et il en fut ainsi tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle, que ce soit pour imposer une obligation de sécurité dans les transports, une obligation de sécurité dans la vente pour précipiter une transposition de la directive de 1985 sur la responsabilité du faits des produits défectueux qui tardait décidément à venir, les obligations des professionnels de santé, etc., sans oublier le célèbre arrêt *Blanco* qui fonda la légitimité de la jurisprudence administrative. Derrière cette *politique judiciaire*, se dessine tout à la fois une soif de conquête et l'identification d'un espace judiciaire de réception de l'argumentation interprétative.

Ce n'est que très récemment que de très lourds mouvements d'humeur doctrinaux se sont fait jour, dénonçant l'interprétation déformante de la loi, voire des scandales jurisprudentiels, comme ce fut par exemple le cas de la jurisprudence *Alma Mater*, de la tendance née du *solidarisme contractuel* ou encore de la jurisprudence *Perruche*, comme si subrepticement le juge s'était évadé du modèle ripertien de soumission au modèle de la théorie brossée par la doctrine pour s'engouffrer dans la brèche réaliste.

**28.** – La question qui se pose est alors celle du besoin apparemment soudain de la Cour de cassation de proposer ce qui apparaît à ses détracteurs comme des coups de force ou, de manière moins terrible, de décider en recourant à des formules qu'elle invente et auxquels elle donne aussitôt corps.

Comme cela a été présenté, dans l'affaire *Alma mater*, la Cour aurait pu se contenter de décider comme elle l'a fait, en réalisant une forte économie de moyens, une « écologie juridique » (46) par simple référence aux bonnes mœurs.

Il y a cependant une contradiction, semble-t-il, à d'une part, recommander une telle précaution d'écriture, et à exiger toujours plus de sécurité juridique. A bien des égards, si la Cour de cassation pêche c'est parce qu'elle n'en livre pas assez sur des raisons ou sur ses doutes, par comparaison, notamment, à la formulation des arrêts de la Cour suprême américaine par exemple ou encore de la CEDH, de la CJUE, voire du Conseil constitutionnel. A affirmer son pouvoir, la Cour de cassation gagnerait à l'explicitier, un peu comme elle l'a fait, ou commencer de le faire, à la suite des arrêts de 2002 et 2001 sur le nouveau contrôle des clauses de non concurrence en droit du travail et la responsabilité médicale, la révélation du caractère rétroactif des arrêts de la Cour

---

46 G. Cornu, RTDciv. 1992, p. 342.

de cassation et des moyens d'y remédier, et l'identification de l'absence de « droit à une jurisprudence figée ». Ce cas est en soi déterminant du pouvoir du juge et des brèches causées à la théorie normativiste. Il est clair cependant que les juges devraient, alors, expliciter leur position et présenter les opinions, éventuellement dissidentes, des conseillers.

Par conséquent, au-delà de la critique de la jurisprudence, de la nostalgie d'un Âge d'or prétendu du droit, ou d'une raisonnable postulée, la question qui se pose est bien d'une part celle de sa légitimité et d'autre part du bloc de légitimité dans lequel elle s'intègre.

On ne pourra nier que notre système est, apparemment en tout cas, ultra-légaliste. La loi est *la* source, une source irréfutable, une source officielle (47), comme il y avait des candidats officiels sous le Second Empire pour délégitimer les candidats républicains. Elle est l'expression de la modernité, des réformes d'ampleur, efficaces, rapides et médiatiques. La jurisprudence est tout aussi officielle : rien dans les arrêts de la Cour de cassation qui font jurisprudence n'est illégal, fort heureusement d'ailleurs et à l'inverse, c'est légalement, que les juges doivent se soumettre à la force de la jurisprudence qui, par induction, donnent force à la loi. Elle est cependant une source complexe, discrète, lente, mais elle est l'expression de la mesure, de la capacité de réception de la loi par le corps social, dans son application et, ce faisant, un laboratoire d'expérimentation des argumentations inégalable.

Il reste que la *crise du droit* est pour partie due à la *crise de la loi* c'est-à-dire de ses fondements, le primat de la loi écrite, qui a toujours été un mythe révolutionnaire puis républicain. Ainsi, la prohibition des arrêts de règlement est datée, elle visait à remettre en cause la puissance des Parlements qui disposaient de ce pouvoir, parfois contre le Roi et éviter la reconstitution de ceux-ci ; le risque est bien éloigné. La reconnaissance de la place de la jurisprudence comme source du droit n'est pas contre-révolutionnaire dans la mesure où, d'une part, l'activité créatrice de la jurisprudence reste marginale dans son activité, d'autre part, que cette activité créatrice est consubstantielle à son rôle et enfin que cette activité créatrice, normatrice, s'effectue en respectant un contrôle de légitimité. Ce faisant la différence entre la norme-loi et la norme-jurisprudence s'estompe, notamment au stade de la potentialité du contrôle de la norme et on pourrait dire, sans agression, que le contrôle de légitimité est mieux et plus complètement assurée pour la norme-jurisprudence que pour la norme-loi.

Cependant, cette *crise du droit* n'est pas uniquement liée à la crise de la loi, mais une crise de la légitimité des normes, de leur efficacité également, donc, d'une *crise de l'interprétation* : nous n'avons guère avancé depuis 1899 et l'œuvre de Gény en ce sens. Elle est en outre une *crise de légitimité* sans doute parce que la loi est de plus technique et que ce faisant, l'assimilation de l'équivalence entre droit et loi chez le justiciable trouve un certain terreau dans cette spécialisation du droit et de la loi. Or, le débat judiciaire propose précisément une arène de discussion propice à la discussion d'une part de l'élargissement de la notion de règle, mais également de la légitimité de cette règle. Il semble plus efficace, par exemple, qu'une question technique, les sanctions de la loi Hadopi par exemple, soient discutées dans le cadre d'une procédure judiciaire où est en débat à la fois les circonstances d'espèce et les éléments de critique de la loi, plutôt qu'un débat purement abstrait devant le Conseil constitutionnel, dénué de toute considération sur le rôle de l'interprétation judiciaire, suivi de débats devant le juge dont il est vain et faux de penser qu'ils seront purement techniques et point présentés en

---

47 Cf. Ph. Jestaz, « Sources délicieuses, ... », art. cit.

termes de légitimité. La prétendue concurrence entre les ordres, ordres judiciaire, administratif et constitutionnel, est rendue difficile en raison d'une confusion des rôles : il serait plus efficace que le Conseil constitutionnel rende, un avis lors de sa saisine *ex ante*, et qu'il soit saisi à l'occasion des litiges posés, *ex post*, en cas de conflit d'interprétation (et pour autant qu'il devienne une véritable juridiction).

Cette *crise du droit* est chronique depuis la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, depuis la *concurrence* que le droit allemand après son réveil étatique brutal avec le nouvel Empire de Guillaume Ier et de Bismarck puis la transformation radicale de l'Allemagne agricole en une nation industrielle puissante, a imposé *contre* le Code civil, l'école historique allemande contre l'universalisme du Code civil. Elle prend un tour colossal avec la concurrence nouvelle de la méthode anglo-américaine. En effet, la concurrence franco-allemande repose sur des fondements historiques, théoriques et philosophiques voisins, pour ne pas dire identiques, tandis que l'irruption de la méthode anglo-américaine, utilitariste, utilitarisme souvent exagéré en termes d'égoïsme libéral, prend de court toute l'expérience franco-allemande, comme les rapports « *Doing business* » qui livrent une étude comparative des différents droits mondiaux en font cruellement la démonstration annuelle.

**29.** – La question qui découle de cette analyse est bien entendu le contenu de ce bloc de légitimité. L'analogie entre le contenu de ce bloc avec celui des autres blocs voisins est alors assez évidente, les quatre autres blocs, le bloc de constitutionnalité, les deux blocs de conventionalité, le bloc de légalité, c'est-à-dire, ces référents qui contiennent tout une série de normes, d'éléments constitutifs de valeurs, de principes, termes ambivalents selon le référent choisi, de règles, parfois redondants, comme par exemple le principe de non discrimination, celui de dignité ou celui d'égalité qui sont tout à la fois référants et techniques, et qui sont utilisés par le juge pour vérifier la conformité matérielle d'une norme, dite « inférieure », à une norme dite « supérieure », et au final, de sa légalité, et de savoir si cette méthode est transposable à l'idée de légitimité.

Ce qui pose difficulté, ce n'est pas la considération que ces arguments fondent un « bloc », le terme étant d'ailleurs assez peu heureux pris au premier degré en ce qu'il identifie une forme d'étanchéité discursive entre ces blocs. La difficulté consiste à considérer ces blocs de manière hiérarchique, les blocs étant indiscutables, comme cause ultime, tandis que les règles à contrôler, inférieures, sont par principe discutables. Or cette présentation est fautive, d'abord parce que le contenu de ces blocs est lui-même en permanente discussion et ensuite parce que les notions qui y sont contenues ne sont ni inférieures ni supérieures aux normes à contrôler, mais consubstantielles à ces normes.

Ainsi, la question de la valeur de l'ensemble de règles « propriété » intègre en lui-même les valeurs qui le fondent et le composent en même temps. C'est la même chose de dire que l'article 544 du Code civil fonde un pouvoir exclusif sur une chose, justifiant la répression du vol, et de dire que cette exclusivité est légitime. Il est donc artificiel de distinguer un débat sur la légitimité de l'exclusivité et un débat sur la technique de l'exclusivité de la propriété. C'est d'ailleurs ce qui explique que le contrôle de ces valeurs soit assuré et assumé par le juge ordinaire. Ce faisant, le contrôle de légitimité de l'ensemble des règles « propriété », assuré par le juge civil ou administratif, n'est ni anticonstitutionnel ni aconstitutionnel ni infondé mais au contraire parfaitement légitime. A l'inverse, le contrôle de constitutionnalité paraît, de ce point de vue, artificiel, immature, décalé. Il le serait moins s'il était assuré par une Cour constitutionnelle coiffant (et composée par) la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

30. – Les frontières de ce bloc en premier, sont celles déterminées par la discutabilité des principes au moment où ils sont invoqués. On ne trouvera pas dans le bloc de légitimité des règles discutables ou rejetées, comme des principes de discrimination, cette question étant d'ailleurs sujette à caution parce qu'évolutive. La légitimité du bloc de légitimité impose cependant que n'y soient identifiés que des principes acceptés ou acceptables.

On y trouve en premier la plupart des éléments des quatre autres blocs : le droit à un procès équitable, le droit à obtenir une juste indemnisation en cas d'expropriation, le droit de fonder une famille, le droit à vie privée, un (ou des) principe(s) d'égalité, de dignité, de liberté, etc. On y trouvera essentiellement également des standards juridiques, à la disposition du juge. Une façon de le présenter serait de tenter d'en dresser la liste, inventaire impossible d'une part parce que l'aventure est vaine et d'autre part parce que ce contenu est mouvant. Une façon de le présenter est de les décrire. La plupart se présentent comme des *standards juridiques* qu'ils soient positifs: raisonnable, juste, équitable, libre, égal, proportionné, loyal, ou négatifs : abusif, déloyal, injuste, illégitime, fautif, léonin, etc. Certains sont écrits, soit dans des normes présentées comme supérieures, la Constitution, la CEDH, le droit communautaire notamment, et leur interprétation, mais également dans des principes reconnus par les juges, y compris « inférieurs », ceux du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation notamment, d'autres sont sans doute encore à découvrir ou à développer, au gré des problèmes juridiques à traiter.

Ils sont en outre contestables en ce sens qu'ils peuvent être discutés dans leur principe, mais également dans leur contenu. Affirmer par exemple que le principe d'égalité ou de dignité de la personne humaine fonde une norme de référence pour la conformité des lois n'identifie pas la nature ni le contenu de ce principe d'égalité : c'est bien sa mise en œuvre concrète, face à un cas litigieux – et difficile – que ce principe trouvera sa véritable nature. C'est le cas par exemple du débat sur l'euthanasie, alors même que le Code de la santé publique contient des règles plutôt claires en la matière. Il est donc nécessaire de reconnaître le principe de l'invocabilité de cet argument de légitimité devant le juge, sans aucune restriction – ce qui disqualifie au passage et à nouveau la QPC comme technique efficace de contrôle de légitimité des lois –.

Ils sont en outre discutables, en ce sens qu'ils doivent être présentés de manière articulée. Ainsi, un argument de nature morale, de justice, ou de nature économique trouve parfaitement sa place dans ce débat, mais à conditions d'être étayé, argumenté, de manière à ce qu'il puisse être contredit et que le juge puisse l'utiliser de manière motivée.

Ils sont enfin communs, et c'est d'ailleurs en ce sens qu'ils présentent le plus d'intérêt, eu égard à leur large diffusion. Ils sont communs parce que juridiques, et pas uniquement économiques, politiques, sociaux ou moraux. Ce faisant, il semble assez logique que les questions de légitimité de la règle de droit soit confiées à des professionnels de la justice, ce que ne sont pas les membres du Conseil constitutionnel, qui n'est pas non plus une juridiction. Lorsque par exemple, la Cour de cassation débat de la validité d'une clause de non concurrence ou des conditions de la responsabilité médicale, mettant au jour une question latente, celle de la rétroactivité ou de l'effet immédiat des décisions de jurisprudence, elle réalise une activité qui relève à la fois de son rôle de contrôleur de l'application des règles, un rôle qu'elle souhaite assumer de créateur de normes, et un rôle constitutionnel ou disons quasi-constitutionnel. Or, il n'y a pas d'alternative : aucune procédure *extérieure* de contrôle de conformité de la règle jurisprudentielle n'existe, la Cour assume aujourd'hui son auto-contrôle et ce faisant

utilise les mêmes arguments que ceux nécessaires pour rendre sa décision, ce qui rend parfaitement cohérent, sur la forme tout au moins, la compréhension de cette activité.

Un bloc de légitimité, ainsi décrit, ne se confond alors pas plus avec les autres blocs qu'avec ce qu'on pourrait appeler un « bloc de naturalité », en ce sens que la légitimité d'une règle serait confondue avec un idéal à identifier, mais qui serait dogmatique. Inversement, un bloc de légitimité rend compte d'une réalité qui dépasse la seule légalité. Il est clair qu'en l'état actuel du droit, une règle est légale et donc légitime par le seul fait qu'elle existe conformément aux règles qui lui sont supérieures : le positivisme, sur fond de normativisme ou de réalisme, demeure et demeurera une réalité. Il n'empêche qu'une règle n'est au final pleinement légitime que parce qu'elle a passé un filtre fait de débats qui lui confère cet état (qui n'est d'ailleurs pas définitif). Rien n'empêchera qu'une règle injuste, arbitraire ou imbécile demeure mais la considération de ce bloc permet d'imaginer d'en réduire le nombre, par le seul fait que leur légitimité puisse être discutée. Il est clair alors que le droit peut sembler moins efficace, plus confus : le droit au droit rend le droit plus mou. En même temps, le droit actuel, tout arc-bouté qu'il est sur les principes normativistes ne fait guère l'unanimité, de telle manière que sa légitimation ne peut que l'enrichir.

**31.** – Au final, donc, on peut admettre que la question de la légitimité de la norme est d'une part distincte de la question du contrôle de la conformité des lois, tel qu'il apparaît aujourd'hui en droit positif et qu'elle est, ce faisant, une question nouvelle présentée aux juristes. Le premier point n'est pas original : la question de la conventionnalité des lois pose, et depuis longtemps, des problèmes de cohérence avec le traitement constitutionnel d'une même question, notamment parce que le Conseil constitutionnel maintient sa conception autiste qui fait de la supériorité de la Constitution un dogme. Le second l'est davantage car il consiste à poser les bases d'un discours sur la légitimité des normes, via l'idée d'un bloc de légitimité, qui permet d'en isoler les contours et surtout offre au juge, celui qui assurera ce contrôle de légitimité, les outils supposés efficaces.

Ce faisant, la réponse à la question de savoir si la Cour de cassation a eu raison de provoquer un débat sur la question de la concurrence entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionalité est salutaire pour tenter de traiter cette crise du droit dans sa globalité, crise de la loi *et* crise de l'interprétation, et ce faisant crise de légitimité, même si ce n'est pas véritablement cet épisode qui justifie une interrogation sur la légitimité de la loi en droit français.

Il est salutaire s'il provoque le débat au-delà de celui organisé, en cercles centripètes, par les constitutionnalistes et plus largement les tenants, institutionnels ou non, du courant normativiste, passé de la situation de théorie du droit à celui de prescripteur de droit.

Il l'est s'il permet d'observer que le contrôle de constitutionnalité ou de conventionalité est en réalité un débat plus vaste, celui de la conformité du droit – tout le droit, au-delà de la loi et surtout de la « disposition législative » – à quelque chose de supérieur (qui est sinon *du* droit du moins *dans le* droit), que ce quelque chose soit d'ordre transcendant ou immanent, ou qu'il soit intégré au discours juridique, à travers l'idée de légitimité de la règle, laquelle intègre les questions d'ordre moral, sociologique, philosophique, économique, social, etc., intégrée dans un bloc de légitimité de la norme qui sert (ou peut servir) de référent supérieur au juge (y compris constitutionnel).

On conçoit donc que ce débat ne peut pas porter simplement sur tel ou tel texte de loi, et encore moins sur tel texte avant même qu'il soit appliqué : à bien des égards, le contrôle de constitutionnalité *ex ante* est soit inutile, soit incomplet, puisqu'il n'envisage

pas la norme contrôlée dans son contexte, et suppose que les juges souverains n'ont pas la capacité pour intervenir sur la conformité du droit à ce quelque chose supérieur.

Or, ce débat ne peut être que discursif : le bloc de légitimité n'est pas borné, il n'est pas limité à quelques principes intangibles, il est le résultat d'une argumentation soutenue, devant le juge, quel qu'il soit, ou devant le législateur, le « décideur » plus généralement dans une conception décisionniste. Ce n'est qu'un débat, puisque la vieille opposition entre droit naturel et droit positif n'est plus : le droit naturel et ses préceptes sont pour la plupart consacrés dans des textes, de sorte que le positiviste qui fait appel, par exemple, à un droit fondamental utilise ce faisant un référent naturel et que le naturaliste qui invoque le même se retrouve basement positiviste.

Ce débat est par ailleurs également d'ordre prescriptif : le *statu quo ante* s'établit en faveur du courant normativiste et ce faisant contre une théorie de la légitimité, de telle manière que sa mise en œuvre suppose une réforme du modèle du contrôle de constitutionnalité, vers, formellement, une Cour constitutionnelle *réelle*, et, au fond, vers un contrôle de légitimité, intégrant les cinq blocs, fondus en un seul, le bloc de légitimité.

Cela fait tellement longtemps que cette question se pose, que le système français est bancal au vu et au su de tous, qu'on peut se demander, alors, s'il y a quelque chose de pourri dans ce Royaume. Hamlet, y réfléchissant, s'interroge sur ce qu'il doit faire, ou ne doit pas faire, c'est le drame de la procrastination. Nous procrastinons depuis très longtemps, par peur d'un retour d'un droit naturel dogmatique et dominateur, devant ce fameux contrôle de conformité, quel qu'il soit, devant les méthodes d'interprétation, devant l'idée même de réception d'un réalisme français, devant l'exception d'inconstitutionnalité qui aurait rendu au citoyen la maîtrise de la discussion de la légitimité de la norme, avec, ou non, le recours final à une Cour constitutionnelle suprême, qui ne pourrait être le Conseil constitutionnel actuel, mais une véritable Cour avec des juges formés, incontestables. On en est loin.