

ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE (ULM)  
Département de sciences sociales  
Année universitaire 2023-2024

Cours de philosophie du Droit / théorie du Droit international  
Florian Couveinhes Matsumoto

*Comment choisir notre discours sur le Droit ?*

## PLAN DES SÉANCES :

Séances 1 & 2 : introduction générale – Les observations et raisonnements menant à la démarche retenue dans le cours – Présentation des exposés

Séance 3 : Fiche 1 : les discours sur l'enseignement du Droit – Les cas de Max Weber et de Duncan Kennedy

Séance 4 : Fiche 2 : les institutions et pratiques d'enseignement du Droit – La querelle sur l'École de Droit de Sciences Po

Séance 5 : Fiche 3 : les discours sur les contours et les objectifs des branches du Droit et/ou des disciplines juridiques – L'exemple des manuels de Droit international économique

Séance 6 : Fiche 4 : les discours sur l'interprète ou l'interprétation « authentiques » – La controverse sur le gardien de la Constitution et le gardien des droits humains

Séance 7 : Fiche 5 : l'argument selon lequel il faut *forcer* les citoyen-ne-s à être libres ou à agir selon leurs intérêts, et l'argument selon lequel c'est *en exerçant eux-mêmes* le pouvoir politique, que les citoyen-ne-s apprennent à l'exercer

Séance 8 : Fiche 6 : les discours sur la souveraineté et son expression – Cornelius Castoriadis, John Dewey, Jean-Jacques Rousseau, René Capitant

Séance 9 : Fiche 7 : des divers discours possibles sur la licéité des comportements et la validité des instruments et normes juridiques – Ronald Dworkin et l'exemple de l'ordonnance « Macron » sur le plafonnement des indemnités chômage

Séance 10 : Fiche 8 : Les implications concrètes du discours kelsénien sur le Droit – L'exemple de sa conception du Droit international coutumier et de ses usages contemporains

Séances 11 et 12 : Fiche 9 : le discours sur le Droit le réduisant à, ou le caractérisant par l'autorité, la force, la sanction, l'effectivité ou la violence – Thomas Hobbes, Hans Kelsen et les usages politiques et juridictionnels de leurs théories

Séance 11 : Les implications concrètes du discours kelsénien sur le Droit – Les usages des concepts et théories de Hans Kelsen dans les textes et la jurisprudence interne et internationale sur l'État et les coups d'État

Séance 12 : la relativité des choix idéologiques de la pensée occidentale moderne sur la politique et le Droit

Les fiches sont disponibles sur la page du Département de sciences sociales de l'ENS-Ulm, sous Enseignements/Parcours Droit/Philosophie du Droit / Théorie du Droit international, Comment choisir notre discours sur le Droit ? Florian Couveinhes Matsumoto :

<https://www.sciences-sociales.ens.fr/spip.php?article836>

**SEANCES 1 & 2 : INTRODUCTION GENERALE – LES OBSERVATIONS ET RAISONNEMENTS MENANT A LA DEMARCHE RETENUE DANS LE COURS – PRESENTATION DES EXPOSES**

1. Une observation de départ : **l'enseignant-e-chercheur-euse du Droit**, y compris celui ou celle qui prétend « faire de la théorie », ne tranche pas des questions de fait, mais lit et **interprète** des discours, essentiellement **des textes**.
2. **Les juristes se réclamant du positivisme** ne décrivent pas davantage des faits que les autres. Leur caractéristique est de **soutenir que leurs interprétations**, parce qu'elles « décrivent des faits », **sont « scientifiques » et donc supérieures** à celles qui ne prétendent pas le faire. Ces interprétations sont ainsi présentées comme insusceptibles d'être mises en cause, du moins par un discours qui ne se déguise pas lui-même en discours « décrivant des faits ».
3. L'adoption de ce « discours sur le discours » va généralement de pair avec (et en fait consiste à justifier) **un certain type de discours sur le Droit : dépolitisé, décontextualisé, déhistoricisé, dépersonnalisé** (usage de la forme passive, usage du « on » de préférence à la désignation de personnes réelles, etc.), **sans justification explicite des choix effectués**. Ce discours sur le Droit fournit **une vision unique du Droit** et écarte (au nom de la clarté, de l'exactitude ou de la précision) la plupart des incertitudes et désaccords qui persistent pour des raisons politiques. **Il produit un effet puissant de naturalisation** (d'universalisation, de réification, d'absolutisation, etc.) du Droit en général, et en particulier de l'interprétation subjective et située qui en est proposée.
4. **Ce type de discours – d'enseignement comme savant – sur le Droit est favorable au renforcement de l'influence sur leurs destinataires des prescriptions énoncées par les pouvoirs de fait** s'exerçant actuellement. En revanche, **il défavorise la participation** de tous les citoyennes et citoyens au débat public, informé et délibéré, sur les règles qui doivent régir la vie en société, donc leur capacité à les façonner.

\*

5. Ce type de discours sur le Droit, et de discours sur ces discours, repose sur l'affirmation que le Droit doit être défini par référence à un critère de fait (le pouvoir du souverain, la sanction, l'effectivité, etc.). Pourtant, **le débat sur l'opportunité de retenir une telle définition est presque toujours écarté** comme entièrement irrationnel et purement subjectif.
6. **L'affirmation du caractère incontestable, nécessaire, naturel, etc. d'une telle définition du Droit en Europe à partir du XVIIème siècle s'explique par les priorités politiques du moment**. Originellement, il s'explique surtout par le souci de mettre fin aux guerres de religion et à l'instabilité du pouvoir politique, en interdisant la contestation religieuse mais aussi morale, intellectuelle et politique des prescriptions des pouvoirs en place (Machiavel, Hobbes, Spinoza, etc.).

7. L'affirmation de la nécessité d'une définition du Droit par le fait (le pouvoir ou le respect du Droit, essentiellement) a été immédiatement contestée. Toutefois, **les discours qui présentent le Droit comme un fait**, un ensemble de faits, ou un ensemble de règles et de décisions caractérisées par leur respect effectif, et surtout par la capacité de certains dominants à les imposer ou les sanctionner physiquement, **se sont progressivement répandus, sous l'effet de l'intérêt qu'y ont trouvé les personnes disposant de quelque puissance.**
  
8. **L'intérêt que ces personnes y ont trouvé s'explique, à côté de leur avantage personnel, par la conviction que cette approche du Droit permet de répondre aux nouvelles priorités politiques.** Les priorités politiques des XVIII, XIX et XXèmes siècles européens et états-uniens ont largement été comprises comme étant la paix civile (« l'ordre ») et la **paix internationale, la prospérité matérielle et la « liberté individuelle ».** Même si très vite, **cette approche du Droit est apparue problématique du point de vue des inégalités et de la solidarité** (critique marxiste) et également du point de vue de la noblesse humaine (critique nietzschéenne), **elle a été maintenue par les juristes, essentiellement au nom de la « sécurité juridique ».** Cette valeur, désormais jugée prioritaire et prenant donc la place attribuée à la Justice auparavant, a été comprise comme indispensable à l'ordre, au maintien de la répartition actuelle de la propriété, à la fructification de l'investissement (capitalisme), ainsi qu'à une certaine idée du libéralisme politique.
  
9. **L'attachement positiviste à la valeur « sécurité juridique » et la définition du Droit par référence au « fait »** qui y est lié, forment une sorte d'impensé orientant politiquement les discours contemporains sur le Droit. Il **empêche de comprendre le Droit comme un ensemble d'interprétations et de jugements** portés sur des faits et surtout sur des textes, interprétations et jugements **dont la validité peut, et en Démocratie doit, toujours être interrogée.**

\*

10. **L'interprétation des discours juridiques, et le discours juridique en général, n'est ni une science exacte, ni une création *ex nihilo* dépourvue de sens ; c'est un jugement plus ou moins délibéré, qu'il est toujours possible, et toujours politiquement opportun de discuter en raison.**
  
11. Le jugement procède des émotions mais également de la réflexion. Il y a des jugements raisonnables et déraisonnables, informés et mal informés. **Il y a de la place pour le débat dans le « monde » du jugement. Dans une société démocratique, le rôle des universitaires juristes est d'informer et d'éclairer le débat public et/ou professionnel sur le Droit.**
  
12. **La détermination de la validité d'un discours sur le Droit (« acte juridique ») et l'interprétation de son « contenu »** sont deux opérations d'interprétation. Se fondant sur des interprétations ouvertes de plusieurs discours, en nombre *a priori* indéterminé, ces opérations **procèdent toutes deux du jugement** et en partie de l'invention, non du constat

de fait. Il en va de même de la hiérarchisation, dans ses différentes formes (prévalence, priorité d'application, etc.), des règles juridiques et des sources juridiques.

\*

13. Une approche du Droit tenant compte du fait qu'il n'est pas une personne souligne qu'**il n'y a pas de discours du Droit mais uniquement des discours humains et/ou institutionnels sur le Droit.**
14. **Les discours sur le Droit et les conceptions du Droit sont variés. Non seulement une telle variété existe dans le monde et dans l'histoire (« cultures juridiques »), mais elle est généralement présente au sein d'une même société politique à une même époque.** Tout comme d'autres facteurs, leur endossement par différents acteurs (par exemple par différents juges au sein d'un tribunal, par différents parlementaires au sein d'une assemblée, etc.) entraîne des pratiques, jugements et décisions différents, qui ont eux-mêmes des effets sur les pratiques, jugements, décisions et représentations des autres.
15. **La pluralité des conceptions du Droit et des discours sur le Droit peut être décrite. En revanche, il n'est pas possible de trancher entre elles ou entre eux sur la base d'un critère de fait, mais uniquement d'un critère évaluatif/normatif, car il n'y a pas de référent empirique au mot « Droit » – du moins, pas de référent empirique qui fait consensus.**
16. **Le choix des critères évaluatifs et normatifs permettant d'endosser une conception du Droit peut faire l'objet de réflexions et de débats (réflexivité), qui relèvent de la philosophie,** ou si l'on préfère, de l'étude du Droit naturel. Les débats théoriques sur de tels choix rappellent souvent et sont liés aux débats pratiques sur les choix d'interprétation ou de principes d'interprétation, dans les « cas difficiles ».
17. Choisir une conception du Droit et un type de discours sur le Droit selon une approche pragmatique exige d'**étudier les effets que semblent avoir eu sur les pratiques et les décisions, l'endossement d'une conception du Droit particulière.**
18. Cette étude **mène à des résultats souvent peu clairs et contradictoires.**
19. On peut donc préférer une étude des usages de notions, interprétations de notions, arguments, etc. par des acteurs particuliers pour **voir à quoi ces notions, interprétations et arguments ont pu servir, quelle classe sociale ils avantagent, quel type d'acteurs** (dirigeants ou syndicats ? Grande puissance ou petit État ? Etc.) et **quels projets politiques.**
20. Cette étude facilite l'élaboration d'une théorie du Droit et d'un discours sur le Droit visant à engendrer des effets positifs au moins dans certaines sociétés humaines déterminées. Par exemple, **une théorie peut être élaborée en vue d'inciter à la démocratisation de telles sociétés, de fournir des arguments et des représentations utiles aux acteurs travaillant pour plus de Démocratie, d'écologie, d'équité et de convivialité.**

\*

21. **L'attachement positiviste à la valeur « sécurité juridique » et à la définition du Droit par référence au « fait »** n'est ni nécessaire, ni scientifique. Elle **n'est pas adaptée aux principaux enjeux actuels** : montée des inégalités, difficulté à « faire société », catastrophes environnementales et dérive autoritaire.
22. **Faire face à ces enjeux implique plutôt de définir le Droit par référence à l'équité, la convivialité et la Démocratie.** Cela ne signifie en pratique rien d'autre qu'**élaborer des discours théoriques** visant à ce que le Droit serve ces objectifs ou valeurs, et qu'**identifier et interpréter les textes officiels** relatifs à la validité des « actes juridiques », à leur hiérarchisation et aux comportements des personnes juridiques, **à l'aune de ces trois objectifs ou valeurs**, plutôt qu'à ceux de la « sécurité juridique », de la « volonté » des pouvoirs en place indépendamment de leur légitimité démocratique, ou de la cohérence prise de manière abstraite (objectifs ou valeurs découlant de la définition du Droit par le fait, le pouvoir, etc.).
23. **Comme toute autre approche théorique, l'approche proposée** priorise et ordonne certains textes, jugements, interprétations, etc. en fonction de critères normatifs. De ce point de vue, elle est **en partie descriptive, en partie évaluative, normative et prescriptive.** En effet, il existe par exemple de nombreuses références à l'équité dans les énoncés normatifs (notamment procéduraux) ; il est possible de comprendre le conditionnement de la validité des actes aux droits humains comme une exigence d'équité ou de Démocratie ; les hiérarchies des sources prévues par les textes sont souvent établies au moins en partie par référence à leur caractère démocratique, etc. Il s'agit donc d'effectuer nos choix d'interprétation, d'ordonnancement du propos, etc. **en vue de mettre en lumière ces aspects des discours et des pratiques, et les évolutions positives possibles.**
24. Cette approche implique notamment de repenser la sécurité juridique pour l'interpréter de manière plus large, ou de l'englober dans un concept de résilience juridique. Tandis que la sécurité juridique traditionnellement entendue invite à appliquer un Droit que les parties au litiges et plus largement les parties prenantes pouvaient anticiper en ayant leurs seuls intérêts à l'esprit, **la résilience juridique invite à déterminer le Droit applicable au regard de ce qui paraît nécessaire pour préserver la légitimité et l'efficacité du Droit, des institutions, et le respect des principes juridiques sur le long terme.** Tandis que la sécurité juridique fait écho au formalisme, aux attentes légitimes, à la prévisibilité, la résilience juridique rime avec préservation, cohérence des *corpus* entre eux (notamment de Droit économique d'une part, et des Droits de l'environnement, de la santé ou des droits de l'homme de l'autre), raisonnable, et surtout long terme.

\*