

PACS, mariage pour tous et ordre naturel : la science du droit aux mains des « nouveaux réactionnaires »

Nicolas THIRION

Les débats relatifs à l'instauration du pacte civil de solidarité (en abrégé, PaCS)¹ et à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe² ont permis d'observer la récurrence d'une veine réactionnaire dans la pensée juridique française. Encore faut-il préciser en quels sens on peut parler de « réaction » dans le domaine spécifique du droit.

D'une part, si l'activité des juristes est un ferment de conservation sociale, puisqu'elle « rattache continûment le présent au passé et donne la garantie que, sauf révolution capable de mettre en question les fondements mêmes de l'ordre juridique, l'avenir sera à l'image du passé [...] »³, leur mode de pensée n'est pas nécessairement réactionnaire pour autant. En effet, si, du point de vue de leur activité professionnelle, les juristes répugnent aux changements brusques et irréguliers, ils savent toutefois que des évolutions sont inéluctables, que des réformes peuvent, voire doivent, survenir à certains moments – fût-ce pour préserver l'essentiel, c'est-à-dire la stabilité, voire l'existence, de l'ordre politique en vigueur – et que la fixité du système juridique serait le signe de sa disparition prochaine. Si les juristes étaient spontanément réactionnaires, ils veilleraient au contraire à ce que les institutions juridiques restent conformes en tous points à ce qu'elles sont depuis un passé conçu comme point d'ancrage d'un ordre social jugé meilleur, par nature, que tout ce qui pourrait s'y substituer. *A fortiori*, ils devraient militer pour le

1. Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

2. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

3. Pierre Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 3 et sq., spéc. p. 15-16.

retour à un tel ordre dès lors que, sous les coups de boutoir de la modernité, celui-ci aurait été remplacé par un autre. Dans un contexte d'inspiration française, la réaction peut se définir plus spécifiquement comme le refus de la modernité inaugurée par les Lumières et la Révolution de 1789, c'est-à-dire comme le rejet d'une conception radicalement immanente du pouvoir, y compris juridique, selon laquelle ce dernier ne dérive d'aucune instance transcendante (Dieu, l'ordre naturel) mais bien de mécanismes exclusivement humains. Les nouveaux réactionnaires, dans l'espace politique et juridique, correspondent donc à ceux de nos contemporains qui réfutent cette vision immanente et plaident, à mots couverts ou non, pour un retour à la transcendance postulée par les conceptions en vigueur sous l'Ancien Régime, notamment en ce qui concerne l'« ordre divin » dont dériverait la puissance publique – cette transcendance fût-elle repeinte pour l'occasion aux couleurs, d'apparence plus neutres, des enseignements prétendus de certaines sciences humaines.

D'autre part, dans le champ juridique, il convient de distinguer ceux qui, à proprement parler, font le droit (le législateur, le gouvernement) ou l'appliquent (les juges) – c'est-à-dire les agents du système juridique – et ceux qui le commentent (dans le jargon juridique, la « doctrine » ou, en d'autres termes, les juristes scientifiques, qui professent à l'Université et écrivent dans les revues spécialisées ou, à titre d'experts, dans les médias généralistes). Seuls ces derniers participent à la « science du droit » proprement dite, c'est-à-dire à l'analyse des matériaux de l'expérience juridique (lois, jugements, coutumes, traités internationaux, etc.), suivant une méthode qui distingue radicalement jugement de réalité et jugement de valeur. En effet, la distinction wébérienne entre le savant et le politique⁴ correspond, dans le domaine des sciences sociales, à l'un des traits majeurs de la modernité épistémologique, nonobstant le reproche de simplicité naïve parfois adressé à cette opposition. Dans cette perspective, les juristes scientifiques n'ont aucun titre à substituer, sous couvert de leur savoir, leurs appréciations morales, politiques, philosophiques, à celle des agents du système juridique ; dans le cadre de leur office, il leur appartient uniquement de décrire les productions de ces derniers, le cas échéant en soulignant les présupposés moraux, politiques, philosophiques et en indiquant que, selon d'autres présupposés, le résultat eût pu être tout autre. Leurs jugements de valeur, aussi recevables soient-ils dans les débats politiques ou moraux, n'ont pas à contaminer leurs productions intellectuelles. À tout le moins peut-on s'accorder sur l'obligation déontologique, pour le juriste scientifique, de tendre vers cette ascèse et de s'efforcer de ne formuler, dans son travail, que des jugements de réalité. Dans le domaine de la science du droit, on appellera donc aussi « nouveaux réactionnaires » ceux

4. Max Weber, *Le Savant et le Politique*, Paris, UGE, coll. « 10/18 », 2008.

qui, refusant en fin de compte cette distinction, confondent à l'heure actuelle science et politique et assaisonnent leur travail censément scientifique de considérations relevant de leurs préférences personnelles. C'est à cette portion de la corporation des juristes que l'on voudrait s'intéresser plus spécialement dans ce qui suit, puisqu'ils combinent, dans leurs travaux, réactions politico-juridique et épistémologique.

Afin de contester, d'un point de vue prétendument juridique, l'instauration du PaCS et l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples homosexuels, certains juristes scientifiques s'appuient sur une vision jusnaturaliste du droit, selon laquelle les énoncés juridiques produits par des humains doivent, pour être valables, se conformer à certains principes ou valeurs transcendants, et, plus particulièrement, sur l'école de droit naturel classique⁵ – conception qui leur permet de formuler des énoncés essentiellement inspirés par leurs préférences personnelles, au mépris de la séparation entre science et politique.

Le fond : la résurgence d'un jusnaturalisme de facture réaliste

L'opposition de certains juristes scientifiques à l'instauration du PaCS et à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe se fonde principalement sur une articulation entre la nature et le droit : le caractère hétérosexué du mariage et la bilinéarité (un père, une mère) de la filiation formeraient un invariant anthropologique qui aurait dû empêcher, dans un premier temps, l'adoption de la loi instituant le PaCS, en tant que celui-ci singerait la seule union qui vaille (l'hétérosexuelle)⁶, et, dans un second temps, l'extension de l'institution matrimoniale et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe car, au fond, la différence de traitement jusqu'alors en vigueur dériverait de la constitution même de notre être⁷, l'inégalité résultant ici « des choses mêmes de la vie⁸ » et les réformes projetées conduisant à « couper l'institution familiale de ses fondements naturels⁹ ».

5. A ce sujet, voir Michel Villey, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Quadrige », 2003, p. 78-99 et 149-165.

6. Philippe Malaurie, intervention au Sénat, reprise dans le rapport d'information n° 97/481 du 9 juin 1998 de M. Jacques Larché, fait au nom de la commission des lois : <http://www.senat.fr/rap/r97-481/r97-4812.html>

7. François Terré et Yves Lequette, obs. sous Cass., 13 mars 2007, in *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 236 et s., spéc. p. 246.

8. Alexis Posez, « Le mariage pour tous, ou l'impossible égalité », *Dalloz*, 2012, p. 2616 et s., spéc. p. 2617.

9. Anne-Marie Le Pourhiet, « Audition devant le groupe UMP du Sénat – Projet de loi “ouvrant le mariage aux couples des (sic) même sexe” – Mercredi 28 novembre 2012 »,

À partir de là, il serait radicalement impossible au législateur de modifier dans le sens projeté le mariage qui, suivant une tradition « ancestrale », a toujours signifié « l'union entre un homme et une femme » – la loi n'ayant pas « le pouvoir de changer le sens des mots¹⁰ ». À tout le moins, le caractère hétérosexuel du mariage et la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle, au principe de l'adoption, seraient à ce point ancrés dans le droit français qu'ils constitueraient des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (ci-après, PFRLR), auquel seul le Constituant pourrait porter atteinte – le législateur ordinaire n'ayant pas compétence pour ce faire¹¹.

Cet argumentaire appelle, essentiellement, quatre types de remarques, qui portent successivement sur les rapports entre la nature et le droit, la référence aux sciences humaines, la réification des concepts juridiques et la figure insolite d'un jusnaturalisme de type procédural.

Quels rapports entre la nature et le droit ?

Il peut d'abord paraître assez curieux, aux esprits contemporains, de conditionner la validité du droit à sa conformité à la nature, tant il est vrai que ces deux termes paraissent, depuis Hume¹², opposés : la nature est du domaine de l'Être alors que le droit relève du Devoir-Être. Il est donc logiquement erroné de déduire un Devoir-Être d'un Être. Dans la sphère

p. 7 : http://www.cohesion-sociale-libertes-republicaines.fr/media/2012-12-Le_Pourhiet-Audition-Sénat.pdf

10. Ph. Malaurie, « Le mariage homosexuel et l'union civile. Réponse à X. Labbée », *La Semaine juridique*, 2012, n° 1096, p. 1866 et s.

11. Fr. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 247-248 ; Lucie Candide, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gazette du Palais*, 2012, p. 2625 ; Pierre Delvolvé, « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro*, 8 novembre 2012, p. 17 ; François-Xavier Bréchet, « La constitutionnalité du “mariage pour tous” en question », *La Semaine juridique*, 2012, n° 1388, p. 2326 et s. ; Bertrand Pauvert, « Sur une *disputatio* contemporaine et brûlante. Considérations sur la reconnaissance de l'altérité sexuelle des époux comme principe fondamental reconnu par les lois de la République », *Droit de la famille*, janvier 2013, p. 37 et s. ; A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *Revue des droits et des libertés fondamentaux*, 2013, chronique n° 5 : <http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/un-pfrrl-contre-le-mariage-gay-reponse-a-alexandre-viala-droit-de-reponse/> ; Jérôme Roux, « Le “mariage pour tous” et la Constitution : la méthode et le fond (réponse à Alexandre Viala) », *Revue des droits et des libertés fondamentaux*, 2013, chronique n° 6 : <http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/le-mariage-pour-tous-et-la-constitution-la-methode-et-le-fond-reponse-a-alexandre-viala-article/>

12. David Hume, *Traité de la nature humaine. Essai pour introduire la méthode expérimentale de raisonnement dans les sujets moraux*, Livre III, *La Morale*, trad. Ph. Saltel, Paris, Garnier-Flammarion, 1993.

plus spécifique de la théorie du droit, Kelsen¹³ a particulièrement insisté sur la nécessité de distinguer l'Être (le *Sein*) et le Devoir-Être (le *Sollen*), irréductibles l'un à l'autre. D'une part, ce n'est pas parce qu'une chose *est* qu'elle *doit être* : ce qui se fait couramment n'est pas nécessairement ce que le droit prescrit qu'il faut faire (ainsi, ce n'est pas parce qu'une infraction n'est plus poursuivie, sur tout ou partie du territoire, que le comportement incriminé ne reste pas infractionnel pour autant). D'autre part, ce n'est pas parce qu'une chose *doit être* qu'elle *est* : même quand ce que le droit ordonne ne se produit pas, cela reste dû, bien qu'il ne suffise pas que le droit prescrive un comportement pour que celui-ci se produise effectivement (ainsi, ce n'est pas parce que le vol est incriminé par la loi que tous les vols sont effectivement punis).

Du reste, si la nature est l'ensemble de ce qui est, les unions entre personnes de même sexe et les situations homoparentales sont tout aussi naturelles que les unions hétérosexuelles et les situations hétéroparentales, puisque les premières existent autant, dans le monde des faits, que les secondes. Pour comprendre cette articulation entre nature et droit, il faut donc renoncer à utiliser la signification moderne du terme et remonter à une tradition philosophique et juridique antérieure, pré-moderne en quelque sorte, où la coupure entre Être et Devoir-Être n'était pas encore consacrée. On songe en particulier à la conception aristotélicienne de la nature, exposée par Villey¹⁴ : si la nature des Modernes se limite à l'ensemble des faits constatables (causes matérielles) et des relations, tout aussi constatables, qui s'établissent entre eux (causes efficientes), l'approche aristotélicienne est beaucoup plus vaste : en effet, la nature comprend aussi des causes formelles et finales. Ainsi, le monde n'est pas un magma informe – il est ordonné par des causes formelles – et, s'il est ordonné, c'est en fonction d'une certaine fin. Dans cette vision, la nature n'est pas seulement *en acte*, elle est aussi *en puissance* : ainsi, l'homme en acte – lorsqu'il est encore enfant, adolescent ou bien vieillard au crépuscule de sa vie – n'est pas toujours l'homme en puissance – c'est-à-dire celui qui a atteint la plénitude de son être : l'adulte en pleine possession de ses moyens et de ses capacités. Par conséquent, dans la perspective aristotélicienne, l'observation de la nature est plus que la simple observation des faits et de leurs relations, comme dans la pensée moderne ; en discernant de surcroît les fins de la nature, on peut en inférer les valeurs nécessaires ou conformes à la poursuite de ces fins. En découvrant les causes finales, il est alors possible de pointer les échecs et les succès de la nature, aussi bien aux points de vue individuel (les monstres de la nature

13. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962.

14. M. Villey, *op. cit.*, p. 86-87.

témoignent d'une inadaptation aux fins que la nature assigne à chaque espèce) que collectif (ainsi, l'observation permet de repérer des organisations politiques harmonieuses et d'autres qui échouent). Il est donc possible, dans le droit naturel aristotélicien, de distinguer ce qui est juste de ce qui est injuste, selon la nature.

C'est cette conception finaliste de la nature que les nouveaux réactionnaires de la science du droit ont probablement à l'esprit lorsqu'ils connectent, de manière apparemment paradoxale, le Devoir-Être (le droit) à l'Être (la nature). Le problème est que l'« ordre naturel » est ainsi censé nous parler alors que, quand bien même nous tendrions désespérément l'oreille, il reste obstinément muet. Par conséquent, cet appel à la nature afin d'imposer (ou d'interdire) certaines solutions juridiques relève bien plus de la ventriloquie : ce qu'est censé dire cette nature, c'est ce que, en fonction de ses intérêts, de ses valeurs ou de ses inclinations, le juriste veut lui faire dire.

Un jusnaturalisme repeint aux couleurs des sciences humaines

Une simple référence à l'ordre naturel, qu'il soit d'origine païenne, comme chez Aristote, ou chrétienne, comme chez Thomas d'Aquin¹⁵, aurait pu paraître, au XXI^e siècle, pour ce qu'elle est en réalité : un refus de l'immanence radicale du phénomène juridique et, singulièrement, dans un système politique démocratique, de la liberté de délibération des représentants du peuple à propos d'une question déterminée.

Afin de conférer un semblant de scientificité à leur démonstration, les nouveaux réactionnaires de la science du droit ont prétendu justifier leur discours sur la base des enseignements de l'anthropologie, voire de la psychologie : c'est la nature même de l'homme, ou de l'enfant, peut-être même de l'humanité, éclairée par ces savoirs scientifiques, qui serait ici en cause. Dès le début des débats sur le PaCS, l'argument anthropologique a été avancé¹⁶ ; il a été recyclé, avec plus de force incantatoire encore, à l'occasion des débats sur le mariage et l'adoption homosexuels : l'« anthropologie fondamentale de l'homme » tient à ce que « l'homme est différent de la femme et le mariage donne la vie parce qu'il est l'union de la différence¹⁷ » ; l'altérité sexuelle dans le mariage et l'adoption correspond à « une norme anthropologique immémoriale et universelle¹⁸ », de sorte que le projet d'ouvrir le mariage et l'adoption aux couples homosexuels entraînerait

15. Sur Thomas d'Aquin comme importateur, dans la doctrine chrétienne, de la conception aristotélicienne du droit naturel, voir M. Villey, *op. cit.*, p. 149 et s.

16. Ph. Malaurie, intervention au Sénat, *loc. cit.*

17. Ph. Malaurie, art. cité, p. 1867.

18. J. Roux, art. cité.

ainsi un « bouleversement des fondements anthropologiques du droit et de la société française¹⁹ ». Par ailleurs, s'agissant de l'adoption par des couples homosexuels, « la psychologie » aurait « depuis longtemps alerté sur l'importance de l'altérité sexuelle des parents dans la construction psychique de l'enfant²⁰ ».

Au-delà du fait que ces assertions ne s'appuient sur aucune référence à des travaux d'anthropologues ou de psychologues répondant aux critères de scientificité généralement admis dans les sciences humaines (plus exactement, sur aucune référence du tout), ce vernis ne doit guère impressionner car l'appel à de tels savoirs est purement instrumental et révèle, dans le chef de ses auteurs, une méconnaissance des limites de leur office propre.

D'un côté, en effet, le passage, dans un discours juridique à prétention prescriptive, d'un énoncé emprunté à un savoir scientifique ne s'opère pas sans un profond changement de statut. Il est classiquement affirmé, depuis les travaux de Popper à ce sujet²¹, qu'un jugement peut être qualifié de scientifique s'il s'expose à pouvoir être réfuté. Cette exposition de l'énoncé est donc une condition de sa scientificité. Dans cette optique, un tel énoncé est toujours susceptible d'être remis en question dans le champ scientifique. Plus encore, dans des domaines d'expertise aussi peu formalisés que les sciences humaines et sociales, un énoncé parvient rarement à faire l'unanimité de la communauté scientifique intéressée au problème. D'emblée, il paraît donc pour le moins périlleux de se prévaloir des enseignements de la psychologie ou de l'anthropologie, comme si l'unanimité régnait d'emblée sur ces questions dans le champ scientifique.

Or, pour atteindre son efficace spécifique (prescrire des actions ou des abstentions dans le chef de ses destinataires), un énoncé juridique ne peut rapatrier en son sein ces controverses consubstantielles au champ scientifique ; il est nécessairement amené à simplifier, à uniformiser et à choisir, parmi les thèses en présence, l'une d'elles – la plupart du temps, celle qui remporte la majorité des suffrages au sein de la communauté scientifique où elle est discutée, en tout cas de ceux qui, émanant de cette communauté ou ayant partie liée avec elle, détiennent le plus d'influence dans le champ public. L'emprunt aux disciplines scientifiques s'accompagne ainsi de la transformation d'un énoncé simplement descriptif, toujours sujet à contestation dans une optique poppérienne, en un énoncé à prétention prescriptive, formulé dans le dessein d'obtenir des sujets une conduite ou un ensemble de conduite(s)

19. A.-M. Le Pourhiet, « Audition devant le groupe UMP du Sénat – Projet de loi “ouvrant le mariage aux couples des (sic) même sexe” – Mercredi 28 novembre 2012 », art. cité, p. 1.

20. Aude Mirkovic, « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Droit de la famille*, janvier 2013, p. 18.

21. Voir, notamment, *La Logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1973.

déterminée(s) ou, à l'inverse, de les leur interdire, non susceptible d'être contesté.

Certains des plus éminents représentants des sciences humaines brandies à l'occasion de débats politiques ou juridiques de ce type n'ont guère goûté une telle instrumentalisation de leur discipline en vue d'en déduire des énoncés prescriptifs. Ainsi, Lévi-Strauss s'agaça, à la fin de sa vie, de l'attitude de ceux qui, se réclamant des leçons de l'anthropologie structurale et de l'ethnologie, prétendirent intervenir dans des débats selon lui proprement politiques²² ; de même, l'idée d'ordre symbolique ou, à tout le moins, les conséquences qui en découleraient à propos des réformes juridiques relatives aux gays et aux lesbiennes sont contestées par de nombreux psychanalystes²³.

D'un autre côté, un tel appel aux prétendus enseignements des sciences exerce une importante fonction de légitimation des énoncés prescriptifs du droit : il est en effet censé assurer aux agents du système juridique qui y recourent une obéissance ou une adhésion plus aisée des destinataires de leurs commandements, dans la mesure où ils se présentent comme inspirés par des énoncés de type scientifique, arraisonnés à la vérité des choses et des êtres. Simultanément toutefois, sous couvert d'un tel respect affiché pour le savoir dont ils usent, ces agents en avalisent plutôt une version simplifiée et adaptée à la satisfaction des objectifs politiques qu'ils se sont assignés préalablement (en l'occurrence, le législateur pourrait, selon le cas, motiver son refus ou son acceptation d'étendre le mariage aux couples homosexuels sur la base des prétendues leçons de l'anthropologie, de l'ethnologie ou de la psychologie).

Que les agents du système juridique procèdent de la sorte afin de conférer à leurs commandements la légitimité tirée d'un respect affiché pour de prétendues vérités révélées par la science est de bonne guerre. En revanche, que les juristes scientifiques se livrent à de telles stratégies alors qu'il n'est pas de leur ressort de produire eux-mêmes des énoncés prescriptifs et, *a fortiori*, de les légitimer, constitue une érosion certaine de la position scientifique où ils prétendent se situer. La science instrumentalisée par les nouveaux réactionnaires est plutôt – à l'image de ce que Bourdieu disait de la science politique – une fausse science mais une vraie politique.

La réification des concepts juridiques

Un autre obstacle se dresserait sur la route de ceux qui prétendent étendre l'institution matrimoniale et l'adoption aux couples homosexuels.

22. Voir, à cet égard, Daniel Borrillo, Eric Fassin et Marcela Iacub, *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 108-110.

23. Voir, entre autres, Elisabeth Roudinesco, *La Famille en désordre*, Paris, Fayard, 2002.

En effet, le législateur ne peut changer le sens des mots : pas plus qu'il ne pourrait baptiser la carpe lapin, il ne peut nommer mariage l'union de deux personnes de même sexe ni filiation (même adoptive), le rapport entre deux personnes de même sexe et un tiers : « la loi ne peut pas dire qu'un chapeau est une table et, si elle le dit, elle n'a pas de sens ; elle ne peut pas dire qu'un homme est une femme et, si elle le dit, elle n'a pas de sens ; elle ne peut pas dire que l'union entre deux personnes du même sexe est un mariage et, si elle le dit, elle n'a pas de sens »²⁴. Les termes de « non-sens²⁵ », de « dénatura-tion²⁶ », de « falsification²⁷ » sont utilisés à propos du mariage tandis qu'il paraît établi qu'il ne peut y avoir de « véritable » parenté lorsque les parents (qu'il faudrait dès lors appeler autrement) sont de même sexe²⁸. Ce n'est même pas une question de droit, du reste, mais de fait :

Le mariage a toujours été universellement défini comme l'institutionnalisation d'un accouplement, c'est-à-dire de l'union sexuelle d'un homme et d'une femme. Il en résulte que deux hommes ou deux femmes ne *peuvent*²⁹ pas se marier, c'est un empêchement physique et naturel plus qu'un interdit juridique, ce n'est pas une question de droit mais un constat de pur fait³⁰.

Le jusnaturalisme à l'œuvre dans les analyses des nouveaux réactionnaires de la science du droit est donc, fort logiquement, de facture réaliste ; son inspiration est, sous cet angle aussi, très ancienne dans l'histoire de la pensée juridique, puisqu'elle est antérieure à la querelle des universaux et à la suprématie de la position nominaliste sur le terrain de la démarche scientifique. Il s'agit en effet de procéder à une forme de naturalisation du mariage et de l'adoption, c'est-à-dire à une réification de concepts juridiques, qui se détacheraient ainsi de l'activité normative des hommes pour accéder à une existence autonome, indépendante des errements de l'esprit humain – surtout quand ce dernier est prisonnier des vicissitudes démocratiques³¹. Comme

24. Ph. Malaurie, art. cité, p. 1867.

25. Fr. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*

26. Xavier Labbé, « Le mariage homosexuel et l'union civile », *La Semaine juridique*, 2012, p. 1642 et s. ; A.-M. Le Pourhiet, « Audition devant le groupe UMP du Sénat – Projet de loi “ouvrant le mariage aux couples des (*sic*) même sexe” – Mercredi 28 novembre 2012 », art. cité, p. 1.

27. A.-M. Le Pourhiet, *ibid.*, p. 11.

28. A. Mirkovic, art. cité, p. 19.

29. Souligné par l'auteur.

30. A.-M. Le Pourhiet, « Audition devant le groupe UMP du Sénat – Projet de loi “ouvrant le mariage aux couples des (*sic*) même sexe” – Mercredi 28 novembre 2012 », art. cité, p. 10.

31. « Le mariage homosexuel et l'adoption par personnes de même sexe – réforme de nature à traumatiser l'intimité des structures personnelles et familiales de la population française, et à bouleverser jusque dans ses racines le droit du mariage et de la filiation – ne devrait pas pouvoir résulter de ce que, un beau jour, un candidat heureux à la présidence de la

l'écrivait Villey, qui en appelait lui aussi à une restauration d'un droit naturel d'inspiration aristotélo-thomiste, « le droit est dans les choses³² ». En somme, par-delà les innombrables législations qui ont organisé, dans le temps et dans l'espace, les rapports d'alliance et de filiation, il existerait, dans la réalité extérieure à notre conscience, un universel « mariage » et une universelle « filiation » – impliquant dans tous les cas une union des sexes masculin et féminin et une filiation bilinéaire. En somme, Guillaume d'Occam est lui-même victime d'un radical coup de rasoir, congédié qu'il est de l'histoire de la pensée : contrairement à son enseignement, les mots ne renvoient pas à de simples concepts, fruits de l'esprit humain et donc susceptibles d'évolutions ou de transformations – ces concepts permettant de rendre compte des choses telles qu'elles sont perçues, à un moment donné et en un lieu donné, dans le langage – ; les mots *sont* des choses, des réalités anhistoriques qui s'imposent aux humains.

Les auteurs critiqués entretiennent d'ailleurs une regrettable confusion entre le langage commun et le langage savant. Autant les agents du système juridique n'ont en principe pas de prise sur les mots du langage commun (si le législateur ou le juge emploie les mots « chapeau » ou « table », il fait référence à des termes du langage ordinaire et, sauf à leur donner une signification spécifique pour les besoins de sa politique, il ne peut en effet affirmer qu'un chapeau est une table³³), autant ils gardent la maîtrise des concepts juridiques, qui forment une langue conventionnelle dont ils sont tantôt les inventeurs, tantôt les utilisateurs ; il leur est donc loisible d'en modifier la signification au gré de leur politique. Or, dans la controverse ici en cause, le terme « mariage » est utilisé comme concept juridique. Celui-ci a ainsi reçu une multitude de significations dans le temps et dans l'espace, selon l'ordre juridique dans lequel il est employé : il a pu ou peut être, selon le cas, monogame ou polygame, indissoluble ou susceptible de déboucher sur un divorce, inégalitaire (le plus souvent) ou (formellement en tout cas) égalitaire (tout récemment), etc. Certes mais, rappellent les nouveaux réactionnaires, le caractère hétérosexué du mariage fait, lui, l'objet d'un consensus universel, de sorte qu'il lui serait consubstantiel – à quoi l'on peut répondre que ce caractère universel lui fait précisément défaut puisqu'il existe déjà des États qui ont

V^e République a disposé d'une majorité arithmétique dans les deux chambres du Parlement » (L. Candide, art. cité, p. 2625).

32. Voir notamment : *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962 ; *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1969 ; *Philosophie du droit. Définition et fins du droit. Les moyens de droit*, Paris, Dalloz, 2001 ; *La Formation de la pensée juridique moderne*, op. cit..

33. Mais rien ne l'empêcherait de le faire ; sinon, il n'existerait pas de fictions en droit, alors qu'il s'agit là d'une des spécificités les plus remarquables de l'art juridique.

reconnu le mariage et l'adoption pour les couples homosexuels. Quant à avancer, en dernier ressort, qu'à tout le moins, le mariage en France – et en France seulement (étrange universel, alors, que celui-là mais passons) – a toujours signifié l'union d'un homme et d'une femme, faut-il nécessairement en conclure qu'il s'agit là d'un invariant auquel il est, par voie de conséquence, impossible de toucher ? On rappellera que, jusqu'à il y a peu somme toute, le mariage en droit français a constamment été une institution consacrant la subordination juridique de l'épouse à son mari ; si l'on suit la logique des nouveaux réactionnaires, le législateur français n'aurait pu consacrer l'égalité des époux puisque celle-ci n'avait jamais été admise auparavant. C'est oublier (ou feindre d'oublier) que l'histoire du droit, des institutions et des pratiques juridiques, est aussi une succession de premières fois.

D'un jusnaturalisme « substantiel » à un jusnaturalisme « procédural »

Dans cette perspective jusnaturaliste, les agents du système juridique ne pourraient donc instaurer une institution comme le PaCS ou ouvrir le mariage et l'adoption aux couples homosexuels, puisque cela reviendrait à nier un invariant anthropologique ou psychologique dont l'univocité inébranlable des mots « mariage » et « adoption » porterait témoignage dans le langage. Le débat devrait donc être définitivement clos.

Pourtant, en 1999, la loi instituant le PaCS a bel et bien été adoptée, elle est entrée en vigueur et, fait étonnant, le monde ne s'est pas écroulé. En 2012 et 2013, les nouveaux réactionnaires de la science du droit ont donc quelque peu sophistiqué leur argumentaire en le revêtant d'une couche de positivité procédurale : ce n'est pas tant que le sens du mariage et de l'adoption ne puisse être modifié en droit positif mais ce bouleversement radical ne pourrait intervenir que par la voie d'une révision constitutionnelle – le législateur ordinaire étant incompétent pour procéder à une mutation de cette ampleur. Cette modification constitutionnelle ne pourrait relever que d'un vote à la majorité qualifiée du Congrès (c'est-à-dire de l'Assemblée nationale et du Sénat réunis), voire d'une procédure référendaire³⁴. En effet, le caractère

34. A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », art. cité (pour l'auteur, il semble que même une révision constitutionnelle intervenant moyennant la réunion du Congrès ne suffise pas en la matière ; seul le recours à la volonté populaire serait juridiquement pertinent, au motif qu'il s'agirait d'« un sujet mobilisant une responsabilité immense à l'égard des générations futures ; [...] il semble qu'un tel bouleversement des concepts, qualifié par le garde des sceaux lui-même de “réforme de civilisation”, requiert au moins l'intervention du sommet du pouvoir constituant et une décision solennelle en forme de : “We, the people !” » ; on confesse, le rouge au front, que l'on n'est pas encore parvenu, à ce jour, à identifier l'article de la Constitution de 1958 imposant ou justifiant cette restriction à la seule procédure référendaire).

hétérosexué du mariage serait un PFRLR qu'il serait du seul pouvoir du Constituant de modifier³⁵. En voulant y porter atteinte lui-même, le législateur ordinaire (c'est-à-dire, en dernier ressort, l'Assemblée nationale démocratiquement élue) devrait encourir la censure du Conseil constitutionnel³⁶. Ce jusnaturalisme « procédural » ne manque pas de frapper par sa dimension à la fois contradictoire et manœuvrière.

Contradictoire : si l'on avait réellement affaire à un invariant anthropologique ou psychologique, c'est-à-dire à une instance transcendante qui surplombe *tout* le droit positif, la Constitution elle-même, se situât-elle au sommet de l'ordre juridique, ne pourrait rien contre cette instance et l'on ne voit pas en quoi ledit invariant, à ce point fondamental pour la nature humaine et la société politique, pourrait être davantage remis en cause par une norme de rang constitutionnel que par une norme de rang législatif³⁷. En d'autres termes, ou bien on est un jusnaturaliste conséquent (le droit positif, *dans sa totalité*, est enserré dans les limites qui lui sont dictées par l'ordre naturel auquel il est soumis) ou bien on est un juspositiviste conséquent (le droit positif n'est enserré dans aucune limite préétablie ; c'est aux agents du système juridique et, prioritairement, au premier d'entre eux, le Constituant originaire, de décider des limites éventuelles imposées à chacun d'entre eux – la Constitution délimitant les pouvoirs des différents organes de l'État, la loi habilitant le gouvernement à prendre, dans les termes qu'elle circonscrit, tel ou tel décret d'application, etc.) ; le « jusnaturaliste procédural », lui, est un oxymore. Ce n'est pas surmonter la contradiction que d'affirmer que « l'on a l'habitude de s'incliner, en tout état de cause, devant le principe cardinal inscrit à l'article 1^{er} de la Constitution qui fait de la France une République

35. La notion de PFRLR figure dans le Préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie la Constitution de 1958. Nonobstant le caractère particulièrement vague de cette notion, le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur celle-ci afin de conférer une valeur constitutionnelle à des principes non explicitement affirmés dans le texte constitutionnel proprement dit ; ces principes ne peuvent donc être modifiés ou altérés que par le biais d'une révision de la Constitution de 1958. Le nœud de la controverse concernait, en l'espèce, le caractère « fondamental » des principes d'hétérosexualité du mariage et, par voie de conséquence, de bilinéarité de la filiation. Les juristes scientifiques hostiles à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe insistaient sur l'évidence du caractère fondamental de ces principes. Dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, le Conseil n'en a pas moins refusé de conférer au mariage hétérosexuel la qualification de PFRLR, en précisant que le caractère fondamental d'un tel principe se reconnaît au fait qu'il intéresse les droits et libertés fondamentaux (raisonnement quelque peu tautologique en l'occurrence), la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics (considérant 21). La dimension hétérosexuée de l'institution matrimoniale ne rentre, selon lui, dans aucune de ces catégories.

36. A.-M. Le Pourhiet, « Audition devant le groupe UMP du Sénat – Projet de loi “ouvrant le mariage aux couples des (*sic*) même sexe” – Mercredi 28 novembre 2012 », art cité, p. 5.

37. Sur cette contradiction, voir déjà A. Viala, art. cité.

“démocratique” et de considérer, avec Rousseau, que s’il plaît au peuple de se faire mal à lui-même, nul ne peut l’en empêcher³⁸ ». Ainsi, le même auteur qui raille, quelques lignes plus loin, le législateur qui affirmerait dans le code de l’urbanisme que la terre est plate ne s’en inclinerait donc pas moins devant un texte adopté par voie référendaire proclamant la même absurdité. Ce que la délibération des représentants du peuple serait bien incapable de réaliser, la démocratie directe pourrait y parvenir. C’est, une fois encore, confondre deux ordres différents, tout au moins si l’on accepte la prémisse même du raisonnement de ces auteurs, à savoir que le caractère hétérosexué du mariage serait une constante anthropologique, une donnée « naturelle » – donnée que les sciences humaines auraient actée de manière incontestable. Or, dans le domaine du savoir, c’est-à-dire des jugements de réalité, la démocratie, directe ou indirecte, devrait n’avoir, en bonne logique, rien à voir. Comme le rappelait le regretté Simon Leys, « La démocratie est le seul système politique acceptable, mais précisément elle n’a d’application qu’en politique »³⁹. Par conséquent, la délibération démocratique, même par voie référendaire, n’aurait rien à faire dans un tel débat puisque la volonté politique ne pourrait avoir de prise sur les délimitations naturelles de ces institutions.

Manœuvrière : en prétendant que l’ouverture du mariage et de l’adoption aux couples de personnes de même sexe devrait passer par une révision constitutionnelle, ces auteurs savaient pertinemment bien qu’ils condamnaient à l’échec la réforme envisagée. D’une part, en effet, la révision par la voie du Congrès requérait une majorité qualifiée dont ne disposait pas la majorité parlementaire soutenant le projet. D’autre part, la voie référendaire était controversée puisque la question de savoir si la modification de la définition du mariage rentrait bien dans la catégorie des réformes susceptibles d’être soumises à *rendum*, en particulier celles relatives « à la politique économique ou sociale de la Nation », était disputée et que l’issue d’un *referendum* est toujours hasardeuse. Derrière une discussion en apparence technique sur la place du caractère hétérosexué du mariage dans la hiérarchie des normes, il s’agissait d’empêcher la réalisation du projet en discussion. Du reste, on peut prédire que, si une majorité qualifiée avait été possible au sein des assemblées parlementaires réunies en Congrès, les nouveaux réactionnaires de la science du droit auraient ressorti de leur chapeau l’idée de « supraconstitutionnalité »⁴⁰, c’est-à-dire de principes supérieurs à la Consti-

38. A.-M. Le Pourhiet, « Audition devant le groupe UMP du Sénat – Projet de loi “ouvrant le mariage aux couples des (*sic*) même sexe” – Mercredi 28 novembre 2012 », art cité, p. 5.

39. Simon Leys, « Une idée de l’Université », *Commentaire*, 2006, n° 114, p. 470 et s., spéc. p. 471.

40. La théorie de la supraconstitutionnalité a été mobilisée en particulier lors des débats relatifs à la révision constitutionnelle nécessitée par la ratification du traité de Maastricht (à ce

tution et auxquels le Constituant ne pourrait porter atteinte tant ils seraient consubstantiels à la Nation française⁴¹. L'important était de découvrir un obstacle procédural vraisemblable afin de mettre en échec un changement que les auteurs en question tenaient pour néfaste. Une fois encore, sur le plan politique, moral ou philosophique, cette opposition est parfaitement admissible mais elle n'a rien à faire dans un débat universitaire.

La méthode : la confusion de la science et de la politique

Ce qui vient d'être rappelé sur le fond des arguments avancés par les auteurs ici étudiés atteste de la confusion entre jugement de réalité et jugement de valeur : ce que, au nom même de leur savoir, certains juristes universitaires proclament n'est rien d'autre, en fin de compte, que l'étalage de leurs préférences personnelles sous couvert d'arguments pseudo-juridiques. Il est au fond question de « déontologie universitaire », comme M. Viala l'a remarqué⁴², peut-être même de la possibilité de faire science dans le domaine juridique et, dans l'affirmative, des conditions qui doivent être satisfaites pour concrétiser cette possibilité. Cette méconnaissance des frontières entre science et politique se traduit de diverses manières, qui tiennent peut-être au fait que la doctrine juridique, en raison même de son histoire, relève possiblement davantage de la théologie que de la science.

Le style des interventions

Il faut, on l'a rappelé, distinguer nettement les débats politiques ou moraux, d'une part, et les controverses de science juridique, d'autre part. Non pas, bien entendu, que celles-ci n'aient aucun rapport avec ceux-là mais l'*ethos* de ceux qui participent aux secondes devrait les inciter à ne formuler que des jugements de réalité, alors que, dans le cadre des premiers, l'essentiel consiste à poser des jugements de valeur. Le juriste scientifique doit se borner à décrire les commandements formulés par les agents du système juridique (que ce soit sous forme de lois, de décrets, de décisions de justice, etc.), certes dans tous leurs tenants et aboutissants (en ce compris donc, les influences

sujet, voir Georges Vedel, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue française de droit administratif*, 1992, p. 173 et s.).

41. Derrière l'idée de supraconstitutionnalité, c'est évidemment un avatar contemporain du droit naturel, c'est-à-dire d'un ordre transcendant et supérieur aux ordres juridiques positifs, qui est à nouveau en cause.

42. A. Viala, art. cité.

morales, philosophiques, économiques, qui ont pu conduire à la formation de ces impératifs), voire, à partir des matériaux ainsi récoltés et analysés, à prévoir ce qu'à l'avenir, ces mêmes agents pourraient décider (en sachant que seuls ces agents ont le pouvoir de décision et que, l'exigence de rationalité pure figurant rarement au rang de leurs priorités, un tel exercice de prévision est particulièrement conjectural). En ce sens, le travail du juriste scientifique s'apparente à celui du philologue ou de l'historien : eux aussi travaillent sur des documents dont il s'agit de percer le sens, en les référant notamment aux pratiques sociales à l'occasion desquelles ils sont mobilisés (par exemple, il s'agit de déterminer le sens d'un texte de loi en étudiant la façon dont les juges l'interprètent, le cas échéant en se demandant quels autres sens auraient pu être accordés à ce même texte et pourquoi, en pratique, telle signification lui a été attribuée plutôt que telle autre). Exercice exigeant un patient labeur et une grande prudence, en particulier lorsqu'il s'agit d'émettre des hypothèses sur ce que fera un agent du système juridique dans l'avenir. Comme toute science, celle du droit fournit des résultats provisoires, incertains, partiels.

Or, à l'occasion des débats relatifs à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples homosexuels, nombre d'articles publiés se résumèrent à des diatribes catégoriques. Ainsi, selon un honorable professeur de droit public, membre de l'Institut, « il n'y a aucune ambiguïté⁴³ » : le mariage hétérosexuel est « un principe fondamental que les lois de la République ont toujours mis en œuvre : il ne peut être modifié sans réforme de la Constitution » ; l'adoption d'une telle réforme nécessite « manifestement » une révision constitutionnelle⁴⁴. Que le Conseil constitutionnel ait tranché tout autrement par la suite⁴⁵ ne gênera pas pour autant les auteurs de ces affirmations péremptoires, comme on le verra plus loin. Le scrupule du savant, tout en conjectures, hypothèses et retenue épistémologique, semble bien loin.

D'autant plus loin que les expressions utilisées dans nombre de ces écrits relèvent davantage de la verve pamphlétaire que de la discussion raisonnée : la réforme est de nature à « traumatiser l'intimité des structures personnelles et familiales de la population française⁴⁶ » ; « il serait paradoxal que le parlement français vote à l'unanimité une loi érigeant l'esclavage en crime contre l'humanité et qu'il légalise ensuite l'instrumentalisation et la mercantilisation du corps d'autrui pour satisfaire les revendications d'une

43. P. Delvolvé, art. cité, p. 17.

44. A.-M. Le Pourhiet, « Audition devant le groupe UMP du Sénat – Projet de loi “ouvrant le mariage aux couples des (sic) même sexe” – Mercredi 28 novembre 2012 », art. cité, p. 1.

45. Cons. const., déc. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html>

46. L. Candide, art. cité, p. 2625.

minorité qui rejette pourtant le contact avec cette altérité⁴⁷ » ; « ce texte va tout simplement proposer de falsifier le mariage, de le dénaturer au sens fort du terme, c'est-à-dire lui faire perdre sa signification, son fondement, sa finalité et sa nature pour le remplacer par une toute autre chose désormais asexuée et déstructurée à laquelle on aura seulement conservé le nom de mariage⁴⁸ » ; le texte envisagé promeut « l'idéologie individualiste » et « la tyrannie des minorités » alors qu'il s'agit sans doute là « de la forme la plus sophistiquée de l'incivisme et du symptôme de l'immaturation de l'homme contemporain qui n'est pas sans rappeler le totalitarisme orwellien⁴⁹ » – la palme revenant probablement à cette envolée :

Ceux qui défendent le mariage gay au nom de cette idéologie relativiste du « chacun ses valeurs » n'hésitent pas à prôner parallèlement l'enseignement d'une « morale républicaine » à l'école, laquelle comporte, entre autres, l'apprentissage forcé des « valeurs » gay et de l'idéologie du genre tandis que le Code pénal s'enrichit chaque jour de nouvelles incriminations liberticides tendant à réprimer l'expression d'opinions contraires aux nouvelles valeurs « imposées »⁵⁰.

Les juristes scientifiques comme substituts idéaux des agents du système juridique

Le droit ne peut se développer et prospérer sans une certaine dose de savoir : afin de trancher un litige, un juge s'appuie sur un texte de loi, un principe général, une jurisprudence de la cour suprême, voire une combinaison de ces matériaux ; de même, le professeur de droit qui consacre un article à une question déterminée se doit de récolter l'ensemble des données pertinentes pour l'examen de celle-ci. Toutefois, la connaissance des agents du système juridique (tel un juge), d'une part, et celle des juristes scientifiques (à l'instar du professeur de droit), d'autre part, n'ont pas la même finalité. Les développements de Kelsen consacrés à la distinction entre interprétations « authentique » et « non-authentique » de la norme juridique sont, de ce point de vue, éclairants⁵¹. La première relève des organes d'application du droit dans un système juridique donné (le législateur, l'exécutif, le juge, etc.) ; la seconde appartient à tous ceux qui ne correspondent pas à de tels organes (les

47. A.-M. Le Pourhiet, « Audition devant le groupe UMP du Sénat – Projet de loi “ouvrant le mariage aux couples des (*sic*) même sexe” – Mercredi 28 novembre 2012 », art. cité, p. 6-7.

48. *Ibid.*

49. *Ibid.*

50. A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », art. cité.

51. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 453 et s.

avocats, les juristes universitaires, etc.). Dans le cas de l'interprétation authentique, l'organe d'application du droit est habilité à produire une nouvelle norme juridique (la norme «habilitée») à partir d'une norme supérieure (la norme «habilitante») – toute la difficulté résidant dans l'interprétation susceptible d'être donnée à la norme habilitante, dès lors qu'elle serait rédigée dans des termes très généraux, peu clairs, voire ambigus. Longtemps, dans la tradition d'inspiration française, l'interprétation des textes juridiques était présentée sous les traits d'une pure exégèse : l'auteur de la norme habilitée était censé lire dans la norme habilitante le contenu de la norme habilitée, un peu comme si la norme supérieure impliquait une seule possibilité d'application. Ainsi a-t-on longtemps conçu de la sorte la mission du juge : celui-ci ne serait que la bouche de la loi et le jugement serait censé se déduire automatiquement du prescrit légal. Que le juge pût, dans l'acte de juger, réserver une place importante à sa volonté propre était tenu pour une hérésie : il devait se borner à appliquer la loi et l'interprétation devait se limiter à dégager la solution la plus conforme à l'esprit de l'œuvre du législateur.

Or, Kelsen a montré que la norme habilitante (ou supérieure) était tout au plus un cadre, à l'intérieur duquel plusieurs solutions – plusieurs interprétations – possibles s'offrent à l'auteur de la norme habilitée (ou inférieure) : ainsi, un même texte législatif ou réglementaire – en raison de la généralité de ses termes, de sa place dans le dispositif au sein duquel il s'insère, de son contexte, etc. – autorise plusieurs solutions, entre lesquelles il incombe au juge de choisir. Ce choix, de son côté, n'est pas déterminé par les seules exigences du savoir juridique proprement dit : il dépend en fin de compte des conceptions philosophiques, politiques, économiques, morales, le cas échéant, de l'organe d'application. En d'autres termes, l'interprétation et l'application du droit par les agents du système juridique ne sont jamais pure connaissance ; elles sont aussi acte de volonté. En ce sens, les auteurs de normes juridiques habilitées appliquent le droit en recourant à un mélange de savoir (la connaissance globale des impératifs existants du système) et de pouvoir (la capacité, grâce à l'habilitation reçue, d'émettre de nouveaux impératifs).

En revanche, sur le terrain de l'étude scientifique du droit, il convient d'abandonner entièrement le terrain des jugements de valeur pour se cantonner aux seuls jugements de réalité : décrire le droit tel qu'il *est* et non tel qu'il *devrait être*. Sous l'angle de l'interprétation et de l'application du droit, il en résulte que les juristes universitaires n'ont aucun titre à plaider en faveur de telle interprétation plutôt que de telle autre, pour telle façon d'appliquer la norme plutôt que pour telle autre, dès lors qu'il est tenu pour acquis que la norme à interpréter est un cadre à l'intérieur duquel plusieurs solutions sont envisageables. En d'autres termes, la science du droit n'a en aucun cas pour fonction de dégager une interprétation *authentique* de la norme, à la diffé-

rence de l'organe d'application du droit. Choisir l'une des solutions impliquées par la norme plutôt que telle autre, c'est faire œuvre de politique – activité étrangère à la science. Quelle est alors, selon Kelsen, la tâche de la doctrine ? C'est précisément d'analyser les normes juridiques dans toutes leurs potentialités, d'en faire apercevoir tous les ressorts possibles, d'en indiquer l'ensemble des implications éventuelles. Bref, c'est de cantonner son travail à la seule connaissance et non d'y adjoindre une préférence résultant de sa volonté propre, sauf à la faire passer pour ce qu'elle est : un choix politique, nullement déterminé par la science du droit.

Pourtant, il est rare que la communauté des juristes scientifiques s'astreigne à pareille ascèse : très souvent, l'arrêviste qui commente une décision judiciaire l'approuve ou la critique, un peu comme s'il prenait, l'instant d'une note d'arrêt, la place du juge⁵² ; de même, le commentateur d'une loi nouvelle privilégie souvent une présentation qui le hisse au rang de législateur idéal ou de contre-législateur. Le travail de ces juristes débouche ainsi très souvent sur des jugements de valeur portés sur les normes produites par les agents du système juridique et non sur une analyse des tenants et aboutissants des différentes solutions envisageables à propos d'une question juridique donnée.

La controverse relative à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe est une illustration presque caricaturale de cette dérive, symptomatique d'une sorte de trahison des clercs institutionnalisée : les auteurs étudiés prétendent dégager l'interprétation authentique de la norme en cause (par exemple, de la notion de PFRLR), un peu comme s'il leur appartenait de décider de l'intégration, ou non, du mariage hétérosexuel dans cette catégorie forgée au fil de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Non seulement, on l'a vu, ils témoignent à cet égard d'une absence de doute surprenante à propos d'une question jamais tranchée jusque-là mais ils sont tellement convaincus par ce que leur prétendue science leur a fait découvrir qu'ils préviennent à l'avance les agents du système juridique appelés à trancher la question (en l'occurrence, les membres du Conseil constitutionnel) que, si ceux-ci ne se rangeaient pas à leurs oukases, leur jurisprudence antérieure en la matière serait rétrospectivement déconsidérée⁵³. Du reste, quand on leur en fait le reproche⁵⁴, ces auteurs prétendent se borner à donner « leur » interprétation de la philosophie politique inscrite

52. Lucien François rappelle qu'il arrive souvent à la doctrine de raisonner en « quasi-juge » et de tenir un discours « quasi juridictionnel » (*Le Cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit*, 2^e éd., Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2012, p. 298 et s.).

53. A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », art. cité.

54. A. Viala, art. cité.

dans la Constitution⁵⁵. Mais que signifie exactement le fait, pour quelqu'un qui prétend s'exprimer dans le cadre de la science du droit, de donner « son » interprétation ? Certainement pas d'exprimer ce qui *lui* paraît être la meilleure interprétation, celle qu'il appelle de ses vœux, celle qui correspond à ses aspirations personnelles, mais bien de découvrir celle (plus vraisemblablement, celles) qui rend(ent) le plus exactement compte de l'activité herméneutico-politique des organes d'application du droit ou bien de faire le relevé des diverses significations possibles que peut revêtir, dans un système juridique donné, un énoncé déterminé, compte tenu de son contexte, de son origine, de ses effets, etc. Or, ce n'est pas du tout de ce travail d'interprétation-là qu'il est question pour ces auteurs mais bien de faire triompher *leur* conception et de la faire passer pour l'unique solution juridiquement possible. Il s'agit de faire dire au juge le droit que l'on a envie qu'il dise⁵⁶.

De la science du droit à l'agit-prop ?

L'intervention des nouveaux réactionnaires de la science du droit dans la sphère médiatique accentue encore le caractère politique de leur offensive : non contents de diffuser leur message dans des revues juridiques, certains d'entre eux ont entrepris de porter la bonne parole dans des organes de presse généralistes⁵⁷ ou sur les plateaux de télévision⁵⁸, au risque de sacrifier un peu plus encore les impératifs d'une discussion intellectuellement rigoureuse⁵⁹ – la fréquentation des médias va rarement de pair, il est vrai, avec la profondeur du propos. Le point culminant de cette campagne a résidé dans la pétition, adressée à l'ensemble des sénateurs de la République française et relayée par *Le Figaro*, de 170 professeurs et maîtres de conférences en droit des universités françaises, afin de les exhorter à faire échec au projet de loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe. L'argumentaire déployé est là encore un exemple typique d'abus de fonction puisque les signataires se prévalent de leurs titres et de l'effet de nombre afin de conférer à leur propos une autorité qu'il n'aurait pas revêtu spontanément s'il avait été publié sous la forme plus exacte d'une opinion.

55. A.-M. Le Pourhiet, art. cité.

56. Ibid.

57. Voir, par exemple : A.-M. Le Pourhiet, « Mariage homo : de quel droit ? A chaque lobby sa loi », *Causeur* : <http://www.causeur.fr/mariage-homo-de-quel-droit-8511.html> ; P. Delvolvé, art. cité, p. 17.

58. L'émission *Ce soir ou jamais* a reçu, à plusieurs reprises, l'un ou l'autre des auteurs de certains des écrits cités au texte.

59. Il en va également ainsi pour des interventions plus ciblées, dans des médias militants, où il s'agit de conforter dans sa propre opinion le lecteur ou le spectateur d'ores et déjà acquis à la « cause » (puisque cause il y a).

Afin d'accroître le poids symbolique de leur supplique, les signataires se présentent comme formant un bloc important de spécialistes de la chose juridique – étant entendu que c'est en raison même de cette spécialité qu'ils entendent conférer à leur prise de parole un surcroît de légitimité. Le problème tient à ce que, à l'instar de bien d'autres sciences, celle du droit n'a cessé de se spécialiser en branches distinctes et qu'il est donc particulièrement périlleux de prétendre détenir une compétence générale sur l'ensemble du domaine juridique. Accorderait-on grande importance à l'avis d'un ophtalmologue pour ce qui relève de nos maux d'estomac ? Or, à lire la liste des signataires de cette pétition, on s'aperçoit que nombre d'entre eux ne sont même pas spécialisés dans la branche spécifique (droit de la famille) sur laquelle portait la réforme en cause : il y avait là de distingués commercialistes, pénalistes, publicistes, internationalistes, historiens du droit, au sujet desquels on aurait pu se demander en quoi leur intervention valait davantage que celle de n'importe quel citoyen sur la question en débat.

Pour le reste, le texte est une longue déploration de la réforme envisagée au nom des acquis prétendus de la psychologie (un enfant se construit par référence à un père et une mère) et des conséquences, présentées comme inéluctables (légalisation, à terme, de la procréation médicalement assistée et de la gestation pour autrui), de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe – le tout assaisonné de formules choc qui ne laissent guère de doute sur l'apocalypse attendue de l'adoption du projet⁶⁰. L'analyse d'une telle prose a déjà conduit d'autres juristes universitaires, soucieux d'une nette séparation entre les champs politique et scientifique, à critiquer cette initiative et à en souligner la contradiction performative (défendre une position politique, c'est-à-dire un jugement de valeur, au nom de la science, c'est-à-dire de jugements de réalité)⁶¹.

La science du droit, une forme de théologie ?

Du point de vue épistémologique, les nouveaux réactionnaires de la science du droit ne font peut-être que radicaliser une ambiguïté fondamentale

60. Exemples : « Le projet de loi organise [...] un marché des enfants, car il le suppose et le cautionne. En l'état, ce texte invite à aller fabriquer les enfants à l'étranger, ce qui est déjà inacceptable, en attendant de dénoncer l'injustice de la sélection par l'argent pour organiser le marché des enfants en France » ; « il sera tout à fait à votre honneur, Mesdames qui êtes nos sénatrices, Messieurs qui êtes nos sénateurs et qui nous représentez, de renoncer à un texte qui se révèle celui de l'esclavage moderne des femmes et de la nouvelle traite des enfants ».

61. Pierre Brunet, Véronique Champeil-Desplats, Stéphanie Hennette-Vauchez, Eric Millard, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du droit" ? », *Dalloz*, 2013, p. 784 et s. ; Philippe Brun, « Le lobbying doctrinal ou l'art de se cacher derrière son (petit ?) droit », *La Semaine juridique*, 2013, p. 702 et s.

de la doctrine juridique. D'emblée, le mot « doctrine » étonne, pour désigner des travaux à prétention scientifique. Parfois même, il est question de « dogmatique juridique ». Or quoi de plus étranger à la science que les dogmes ? Pour comprendre ce paradoxe, il faut probablement remonter le fil de l'histoire et identifier ce qui fut à l'origine du droit savant.

C'est dans l'Europe médiévale que les glossateurs ont, les premiers, érigé le droit en art digne d'être enseigné dans les universités, en objet de controverses entre docteurs, en science recourant à des concepts, à des méthodes et à des raisonnements propres. Il se pourrait bien que le droit savant, invention de clercs au Moyen Âge, ne se soit pas totalement dépris de cette origine. Robert Jacob a montré ailleurs que la figure du juge dans l'histoire juridique occidentale est étroitement connectée à Dieu et qu'il reste, dans les ordres juridiques européens contemporains, des rémanences indiscutables de cette dépendance de la fonction de juger si ce n'est à l'ordre divin, du moins à une transcendance qui explique toute une série de traits caractéristiques de l'office du juge à l'heure actuelle⁶². Peut-être faudrait-il étendre l'exercice à ce que nous appelons la doctrine. A-t-elle complètement rompu les liens qui l'attachaient à la théologie ? Alors que la recherche de la vérité, c'est-à-dire la connaissance, devrait être son seul objectif, elle a souvent tendance, aujourd'hui encore, à affirmer le bien, même si, désormais, ce n'est plus nécessairement au nom d'un ordre divin ou transcendant. Au fond, elle reproduit, à plusieurs siècles de distance, l'enseignement professé par saint Anselme de Cantorbéry dans son *De veritate*⁶³, si étranger pourtant à la rationalité scientifique moderne, selon lequel Le Vrai et le Juste se recouvrent au moins partiellement (« le juste apparaissant comme une catégorie du vrai⁶⁴ »).

Les nouveaux réactionnaires de la science du droit ne font, en dernière instance, que pousser au bout de sa logique (plus exactement, de son absence de logique) cette confusion, encore largement répandue dans la littérature juridique, entre Être et Devoir-Être, jugement de réalité et de jugement de valeur. Il n'est pourtant, à l'heure actuelle, de science du droit concevable que moyennant la pleine reconnaissance et la pleine soumission de ceux qui s'en prévalent à ces distinctions fondamentales.

62. Robert Jacob, *La Grâce des juges. L'Institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014.

63. *Le Grammairien. De la vérité. La Liberté du choix. La Chute du Diable*, trad. et éd. A. Galonnier, M. Corbin et R. de Ravinel, Paris, Cerf, 1986.

64. R. Jacob, *op. cit.*, p. 66.