

Réel et chose : un langage en déclin ? De la régression du droit vers les intérêts

*The real, the being and the decline of a language.
A regression from law to interest seeking*

Jean-Marc TRIGEAUD

Université de Bordeaux
jmtrigeaud@yahoo.fr

RECIBIDO: 16/03/2016 / ACEPTADO: 21/11/2016

Résumé: Les droits subjectifs de nature réelle se sont de plus en plus coupés de leur référent dans une chose. Et la personne y devient le résultat d'un processus partant de sa seule action. Chosification qui la transforme en marchandise, du droit des biens à celui du mariage, du droit du travail au statut même de l'université. Ainsi un utilitarisme a imposé l'*intérêt* à la place de la chose, et a éliminé le réalisme romaniste comme l'idéalisme rationaliste. D'où le règne d'une nouvelle subjectivité concrète et empirique mais collective qui en appelle aux seuls acteurs d'un marché. La « prestation » substituée à la substance de la chose y domine. C'est le naufrage du réel pensé après celui réel pensable, de la chose idéale après la chose réelle, du sujet après l'objet, ce qui débouche sur un *nihilisme*.

Mots-clés: chose; réel; intérêt; onto-axiologie; personne; réalisme; idéalisme; empirisme; utilitarisme; mercantilisation; nihilisme; droit des biens; mariage; travail; contrat; université.

Abstract: The subjective rights *sub specie real nature* tends to be more and more detached from their reference to the being. Here, the person becomes the outcome of a process issued from its sole action – *esse sequitur operari*. This is the making of a merchandise. And we can observe this process in property law as well as in familial law, and in labour law as well as in academic policy. Therefore utilitarian thought has imposed interest in place of the being, and then it withdrew roman realism just as rationalistic idealism. Hence the reign of a new concrete and empirical (but collective) subjectivity that only concerns actors on a market. The «service» substituted to the substance of the being here dominates. After the crisis of the possibility of the real mind, we attend the crisis of the real mind; and likewise from the crisis of the object to the one of the ideal thing, from the crisis of the object to the one of the subject, which finally leads to nihilism.

Keywords: thing; real; interest; onto-axiology; person; realism; idealism; empirical thought; utilitarian thought; mercantilism; nihilism; property law; family law; labor; contract; university.

DE NATURA RERUM

L'un des plus vieux poèmes épiques occidentaux, la geste lucrécienne, si matérialiste cependant, et que vantait il y a peu encore une école de réalisme marxiste (celle que retrouvera Niklaus Poulantzas préfacé significativement par Michel Villey), incline dès le départ à cette révérence devant *un ordre des choses*, face à une transcendance objective que le regard de l'esprit parcourt quasi scientifiquement pour en analyser les composantes. Et déjà le Grec présocratique savait respecter une nécessité, une *anangkè* inscrite au cœur de la *phusis* pareillement structurée. Ce que Hayek reprendra sous le nom de *taxis*, en sa-

chant y discerner l'émergence de premières lois, d'une normativité qui en indique les finalités intimes et en montre le devenir de valeur. Ce que Werner Jaeger a plus profondément rappelé comme marquant le sens originaire et classique du mot « loi » (*nomos*) dans le monde grec.

Comment donc la subjectivité a-t-elle pu faire irruption au point de détruire cet ordre, d'en anéantir l'être, si durablement élaboré pendant des siècles, puis étayé solidement dans un équilibre harmonieux avec les exigences du sujet, auteur et destinataire de la conceptualisation du sens de la justice qui s'y dessine ? Comment la résorption de *l'objet* dans *le sujet* a-t-elle pu s'opérer, entraînant à terme l'effondrement du sujet lui-même, dont la liberté cesse d'être dévouée à un être qui le dépasse fut-il situé en lui ? Signe de l'abolition même de toute universalité mystique qui est aussi d'origine orientale renouant avec la leçon védantique d'une prééminence de *purusha* sur *praktri* et d'*atman* sur *purusha*.

Comment *un langage qui supprime le réel, qui écarte toute possibilité de la chose, qui exclut de s'interroger sur un mouvement vers son essence, qui dénonce tout retour à la chose*, a-t-il pu mener à la pratique d'un vocabulaire intermédiaire visant à ne traduire qu'une tendance à l'autosuffisance ou à l'autonomie des conduites ? Ces conduites sont en effet déliées de leurs agents, sans référence à un objet, ou *a fortiori* à une fin, et elles finissent par être perçues en elles-mêmes comme de simples « offres » ou fournitures de prestations et ne reposent plus guère alors que sur les étalonnages et donc sur les valeurs qu'impose une sorte de *marché*. Or ce marché n'est même plus le reflet d'un ordre ontologique qu'il interpréterait en en manifestant les régulations internes ou les solidarités propres (depuis Tönnies, Duguit ou Gurvitch) ; il s'agit plutôt d'un marché plutôt restitué à sa sauvagerie primitive et abandonné à des lois irrationnelles, imprévisibles et rebelles en tout cas à toute justification dans une humanité transcendente.

EX IPSA NATURA REI

Ce n'est pas le lieu de revenir sur les premières apparitions puis évolutions postérieures de figures classiques du droit dont on peut simplement se souvenir qu'après un *objectivisme* hérité de la tradition du *réalisme* aristotélicien de la « justice particulière » porté par le droit romain d'Occident (celui des *Institutes* de Gaius), il a été supplanté en certains lieux, notamment en France, par un *subjectivisme* qui épouse mieux une « justice générale » revisitée par l'*idéalisme* moderne, celui qui est issu de Descartes et de Kant, et qui s'accorde avec les

sources initiales du droit romain d'Orient tiré du *Digeste* de Justinien et des versions bolonaises des Glossateurs et si fortement légiféré. Nul mieux ici qu'Alvaro d'Ors n'a décrit alors, au cœur du Moyen Age, ce qu'ont été les notions de *ius* et de *lex*, d'instance de jugement indicatif et d'appréciation prescriptive plus politisée dans le prolongement de l'aristotélisme originaire.¹ Il en est resté durablement des traces, dans les pays romanistes du moins, qu'ils soient romano-teutoniques et anglo-saxons², et encore dans les droits hispaniques, si l'on écarte les acculturations napoléoniennes. Il est ainsi demeuré *un sens même de la chose* à partir de la considération d'un réel qui, métaphysiquement, est relié à l'être et donc au devoir-être ou à la justice, et qui, par là, présente une participation ou une analogie avec la valeur de la justification que réclame tout droit. Une valeur qui entretient l'idée d'une dignité ou d'une respectabilité propre *de chaque chose* désignée comme un bien et qui implique de faire admettre ensuite l'égalité qui doit présider aux reconnaissances attributives ou aux échanges opérés entre de tels biens. Dans cet esprit, qui anime toujours une phénoménologie non husserlienne et réaliste de type radbruchien,³ la perception de la « nature même de la chose », selon un célèbre mouvement d'inspiration lointainement romantique et primo-hégélien *zur Sache selbst*, veille à guider autant le magistrat que le juge, car elle indique la voie où s'engage toute œuvre juridique *comme interprétation du réel et des choses* qu'il véhicule. Et rien dorénavant n'échappe à cette vision *objectivisante*, puisque les sujets sont traités à travers ce qu'il est donné de pouvoir retenir d'eux *à travers les choses* qui leur appartiennent ou qui constituent leur propre nature : *res humanae*, dira-t-on ainsi, de mémoire profondément et inconsciemment romaniste.

Mais c'est justement le rôle de *l'idéalisme* d'avoir subverti très vite cette approche et d'avoir été conduit à s'établir dans le for intérieur pour, au fond, n'en jamais sortir et aboutir à un tout autre langage, des sources aussi bien, où le droit cesse d'être *la qualité d'une chose*, justifié par son classique hylémorphisme et la valeur qui l'habite, pour devenir *une prérogative individuelle ou un pouvoir* s'exerçant sur ce que la raison se représente et des choses et

¹ Cfr. en synthèse : D'ORS, Á., « Derecho y Ley en la experiencia europea desde una perspectiva romana », in J.-M. Trigeaud (dir.), *Philosophie juridique européenne. Les institutions*, Roma, L'Aquila, Japadre, *Categorie Europee*, 16 (1988), p. 33-63.

² Cfr. ainsi STEIN, P., « The sources of law in Europe : an english perspective », in *Philosophie juridique...*, *op. cit.*, p. 93 et ss.

³ Cfr. notre art. V^o « Radbruch (Gustav) », *Encyclopédie philosophique universelle, Les Oeuvres*, Paris, P.U.F., t. 2, 1992, p. 2760-2761.

des hommes, sur des entités rationnelles qui fixent de telles représentations conceptuelles et abstraites en les coupant de toute expérience d'un réel vivant et en ne relevant en leur sein que le critère majeur d'une « généralité vide » valant comme dénominateur commun.

Et, longtemps, cet idéalisme qui mène à un *subjectivisme*, s'est placé en rival de l'autre tradition plus ancienne qu'il a supplantée, essentiellement dans le monde franco-phone, sous l'impulsion de la philosophie du transcendantalisme kantien, lequel correspondait aux aspirations du vieux refuge français huguenot en Prusse consécutif à la révocation de l'Edit de Nantes sous Louis XIV. Faut-il rappeler, d'ailleurs, que la langue allemande n'y fut parlée à la place de la française qu'à l'époque napoléonienne afin de résister aux ambitions impérialistes du régime, tout en rejoignant substantiellement l'idéologie précisément rationaliste et maçonnique qui le commandait déjà ? Peu sépare alors le contenu du code civil des Français, par exemple, de ce qui est enseigné à Koenigsberg ou Berlin par juristes, tel Savigny, ou déjà philosophes, de Kant à Fichte, et historiens, tel Humboldt. Mais en aucun cas cet idéalisme subjectiviste n'a professé, pas plus que le stoïcisme cicéronien antique, retrouvé avec les Lumières (Montesquieu en témoigne), cette sorte d'individualisme que flattaient au début le nominalisme de Guillaume d'Occam et le volontarisme de Duns Scot et qu'ils avaient largement contribué à imposer dans la modernité de la Renaissance.

DES DROITS INDIVIDUALISÉS SANS AMARRES

S'il a été question de droits subjectifs, certes, l'oubli des choses sur lesquels portent de tels droits, a pu être consommé peut-être très tôt dans les définitions admises. Or, non seulement *le droit a sans cesse été relié à une obligation corrélatrice dont il est souvent né*, comme dans l'école de la Seconde scolastique espagnole (celle de Salamanque et de Grenade) ou dans l'école hollandaise et rhénane, en quoi Kelsen a commis l'erreur de croire qu'un droit s'est formé à partir d'un pouvoir comme s'il n'y avait pas de devoir antérieur, mais certaines tendances ont toujours introduit l'idée même que le droit quoique *subjectivisé* n'en était pas moins une *relation* ou un *rapport* à la chose dont il conserverait la référence : toute l'œuvre au XVII^e de Francisco Suarez dans son *De Legibus* (anticipant le courant français cartésien et le courant hollandais et rhénan de Grotius et Pufendorf) retient ce point de vue : la *proprietas* précède ainsi un *dominium proprietatis* qui se présente *comme relation du pouvoir à l'* « *appropria-*

bilité » en somme de la chose ; des mouvements de pensée universitaires, dans des perspectives parfois très différentes (Duguit, Cicala, Dabin, Recasens-Siches, Verdross, Messner, Mizunami), se rattacheront à l'époque contemporaine à cette conception en exploitant les deux tendances caractéristiques, car : d'un côté, elle évite un subjectivisme de pur pouvoir susceptible d'incliner à l'individualisme (je ne puis exercer le droit que dans le respect d'autrui titulaire d'un pouvoir semblable, ce qui le rend abstrait et général conformément à l'impérativisme ou au catégorisme kantien), et, d'un autre côté, elle empêche la rupture avec l'univers concret des choses dans leur réalité indépendante du sujet, réalité ontologiquement « métalogique » ou « extramentale » comme aimait à la qualifier Etienne Gilson commentant saint Thomas et Cajetan.

Mais, en une troisième phase plus actuelle, on assiste à la subjectivisation en cours de radicalisation de ce langage, ce qui permet de couper toutes les amarres avec une réalité, avec celle des autres sujets et avec celle des choses, et pourrait conduire, de proche en proche, à l'insoutenable discours verbeux des aspirations individualistes les plus fantasques sous le nom, sémantiquement brouillé, de « droits de l'homme » : d'où les malheureuses expressions de « droit à » se substituant aux « droits de » et accréditant des documents qui passent pour juridiques et qui, ne comportant la désignation d'aucun débiteur des créances pourtant revendiquées, ne sont que des déclarations politiques assurant le confort électoral de leurs partenaires ; ainsi, jadis, des fameux accords de Helsinki qui n'engageaient à rien du point de vue des libertés fondamentales dans l'ex-Union Soviétique, ou des accords de l'OUA (Afrique) proclamant un droit à l'alimentation sans préciser sur quels stocks débiteurs exacts de provisions sur le territoire des Etats placés sous l'égide des Nations Unies, aux accords, aujourd'hui, de la COP 21 en décembre 2015 à Paris, où la « chose écologique » fut pourtant discernée de loin comme une évidence massive et menaçante, mais s'est noyée dans la brume des manifestations généreuses de simples intentions, et tout au plus de promesses juridiques unilatérales douteuses car émanant de la condition potestative (déjà nulle en droit civil) de la volonté de « celui qui s'oblige » et donc sans produire une seule véritable convention (l'embryon de l'une de celles-ci présentée aux USA par le président Obama sera significativement aussitôt dénoncé par le Congrès américain en janvier 2016 !).

C'est dans ce même mouvement plus idéologico-politique que proprement juridique (mais de néantisation peut-être délibérée du droit, dont la « mort » se profile à l'arrière-plan) que s'inscrit la nouvelle mode d'une pseudo-liberté d'expression qui semble défier les limites élémentaires que le droit lui assigne, et

qui entend ignorer l'obligation de base qui lui est initialement fixée par tous les textes constitutifs d'avoir à respecter les cultures et religions et donc de ne pouvoir être exercée de façon à inciter à la haine raciale ou discriminatoire et *a fortiori* en mettant en danger la vie d'autrui (« Protocole » de la DDH, loi française sur la presse depuis 1880, code pénal français...).

D'où le thème banalisant les critiques adressées aux déclarations des droits issues des Lumières comme vétustes et inadaptées, afin de promouvoir de « nouveaux textes » internationaux et européens reflétant cette conception réductrice de recentrage *sur l'individu*, individu détaché de la personne comme sujet de droit libre et ouvert à la capacité du don avant l'échange comme au devoir avant tout pouvoir, tant il est vrai que cet individu ne se meut qu'à l'intérieur d'un collectif d'agents supposés « intéressés » semblables et quantifiables. Le matérialisme de l'individu et du collectif est passé de sa forme marxiste d'origine à sa forme libérale complice en assumant une identité de substance niant l'être, tout être, et toute chose, tout réel, *et radicalement la personne*. La personne n'en est pas absente, mais elle y devient le résultat d'un processus partant de l'œuvre ou du faire. *Persona sequitur operari* !

RÈGNE DE LA MARCHANDISE

Tel est l'accomplissement d'une loi de chosification et de *mercantilisation* du monde qui transforme donc en marchandise jusqu'à la personne humaine et qui, à travers les *fétichisations* des produits que sont successivement le travail, assimilé à une chose que l'on vend et échange au cours d'une joute de pressions et manipulations des volontés affaiblies, puis l'enfant à adopter (la fameuse GPA), le corps humain, et enfin, sous des aspects plus moraux, les « libertés » enchâssées dans le même moule : liberté morale dite d'expression à l'infini des désirs du moi y compris d'humilier, liberté plus matérielle de disposer de son corps jusqu'à la prostitution ou aux pratiques d'amputation masochistes. C'est que la liberté privée de référent objectif n'est que l'expression d'un libre-arbitre individuel et non plus de la faculté onto-axiologique de la personne d'élire une valeur juste ; elle est elle-même un produit du marché ballotté entre mouvements d'opinion, caprices de groupe et instincts collectifs, lesquels se ramènent à ceux des investisseurs ou des spéculateurs de la marchandise qu'elle représente.

Force est de constater dans ce prolongement l'émergence, comme on le vérifie dans le champ français, de réformes multiples qui introduisent dé-

libérement *un langage non juridique*, montrant significativement, à notre sens, *la perte volontaire du réel*, mais aussi bien *de la subjectivité*. De sorte que disparaissent à la fois le monde romaniste que l'on croyait voir ressurgir, comme les « américanisations » de jadis (voir le volume 45 des *Archives de philosophie du droit*) qui feignait d'oublier que le droit américain est romano-teutonique, pareillement atteint, et le monde volontariste ou subjectiviste classique (transcendentaliste, de type kantien). Nouveau langage traduisant un nihilisme ambiant, le même qui porte le droit subjectif de jadis à devenir droit suicidaire ou démissionnaire permanent, et tendant à substituer aux codes habituels du droit des codes normatifs issus d'une société d'acteurs de marché, ce qui mène dès lors à remplacer le juge lui-même par d'autres instances sous contrôle des groupes de pression d'opinion.

L'exemple du mariage a déjà signé ce processus d'évolution, quand le mot « contrat » a été préféré définitivement à l'« institution », mais il faut situer ce problème en France qui est l'un des rares pays au monde à imposer depuis la Révolution un législateur civil au lieu et place d'une autre instance possible (celle qui ainsi le remplace volontiers, et dans le secret, dans l'usage anglo-saxon) ; dans l'ancien droit français, non seulement cette solution n'était pas pensable, mais, pour l'éviter, les mariages étaient tour à tour « non déclarés », qu'ils soient d'ailleurs successivement catholiques au XVII^e e et, pour des raisons de censure, protestants au XVIII^e e, car l'on doutait même de la sincérité d'un ministre du culte souvent agent implicite d'un système d'information idéologique et partisan... Donc, le mariage en tant que contrat a été présenté sous l'angle de *l'égalité* qu'il instaure entre les époux, et l'on est passé de là à l'idée que cette égalité ne saurait être contrariée par l'exigence *a priori* extrinsèque *d'une différence de sexe* qui serait susceptible de la compromettre : autrement dit, le chemin inavoué de la justice serait d'aller du contrat égal à la communauté humaine sans distinguer en son sein le sexe de chacun. Mais voilà précisément le tord d'une telle démarche : elle part d'une abstraction doublement dogmatique intermédiaire, elle admet comme acquis le contrat à la place de l'institution, privilégiant et exclusivisant le ministre civil, et elle se fonde de façon sophistiquée sur *une égalité artificielle d'identité ou de ressemblance uniformisante* déduite de ce contrat à propos des sexes, pour, ensuite, regarder le sujet humain en l'amputant de sa dimension existentielle et *a fortiori* de sa sexualité : pour nier en lui le réel ou la *res humana*. *C'est lui refuser d'être un singulier, et c'est lui retirer son être natif et par là sa constitution sexuelle tout aussi native*. Il en ressort pourtant d'emblée que, comme vivant ou personne ontologiquement, il est le singulier abhorré, il est un homme ou une femme, ce qui

ne l'empêche nullement de prendre ensuite, plus *ontiquement*, sous l'aspect de sa nature, des traits communs ou génériques qui le spécifient mais qui sont seconds. D'où la possibilité de projeter sur cet être réduit à une entité rationnelle et ainsi matérialisé, la notion d'égalité qui ne rend guère compte de ce qu'il est et qui méconnaît la différence originaire qui le caractérise.

Mais si, à l'opposé, l'on part de la considération du sujet humain, des personnes juridiques honorées dans leur dignité propre, ce que paraît bien suggérer l'ordre des sources du droit, on est conduit à reconnaître une identité singularisée, différenciée ou à chaque fois « unique » (et sans doute par là *uni-verselle*), de sorte que la valeur d'égalité du contrat est fatalement placée en second et devient par conséquent à son tour *une valeur d'égalité de différence* et non de ressemblance (en témoigne en ce sens la note qu'Averroès lui-même ajoutait au raisonnement de l'analogie aristotélicienne et que rappelle Fakr al Dîn Al Razi au XIII^e ⁴) ; or dans le contrat tel que l'a compris historiquement le législateur civil jusqu'ici, l'égalité était tributaire de la révérence à une dignité singulière, et il était donc de servir tacitement, en respectant la dualité jugée fondamentale des sexes, *une relation de différence* et non de ressemblance. Voilà en quoi la réforme introduisant un mariage dit « pour tous » a exploité la subjectivité en la flattant mais en la vidant de son contenu ontologique et axiologique et en la soumettant à *une abstraction aliénante de la réalité* que justifie seule, semble-t-il, sa vertu de rentabilisation politique gestionnaire d'intérêts catégoriels (des intérêts non relatifs aux personnes mais à leur utilisation sur un marché productif).

Développons davantage encore sans doute en prenant le cas d'une ou deux dispositions plus récentes et en cours de changement prévisible, celle qui définit le *contrat* ou celle qui vise l'*erreur* commise par un contractant sur l'objet de celui-ci.

EFFACEMENT DE LA SUBJECTIVITÉ IDÉALISTE

L'usage subjectiviste de notre pays était d'entendre le contrat comme accord de volonté ou de consentement, ce que l'influence de l'enseignement kantien de Prusse qui a si fortement agi sur le code civil français n'a pu que

⁴ Cf. ARNALDEZ, R., *Fakbr al-Dîn al-Râzi, commentateur du Coran et philosophe*, Paris, Vrin, 2002, p. 38 s.

renforcer. Au XVII^e, les définitions générales et spéciales données par Domat, dans la ligne de la Renaissance, associant Cujas et Tiraqueau, embrassant également Loyseau et Charondas Le Caron, ou remontant, sous un aspect préfigurant l'internationalisme des conflits de lois, à Charles Dumoulin, étaient centrées sur le même élément, que mettra en valeur maître d'Orléans Pothier à la veille du code. Il ne servirait de rien d'essayer de démêler les causes idéologiques servies par ces auteurs et ces courants, et parfois contradictoires, comme le sont à l'âge classique le cartésianisme et le jansénisme, lesquels pénètrent également dans la pensée de Domat et de Pothier, et préludent au kantisme. Dès l'avènement de la *lex* à la fin du Moyen Age, à travers le *mos gallicus* (v. la *Geschichte der Privatrechts der Neuzeit* de Fr. Wieacker), et dès la primauté qu'elle exerce complaisamment sur le *Ius*, objet d'exégèse et d'herméneutique du discours qu'il engendre, la *subjectivisation* du langage s'introduit, que rationalisera progressivement l'histoire en suivant les évolutions d'un même idéalisme philosophique qui a mis à profit la double critique nominaliste occamienne et volontariste scottiste. S'il en va alors différemment dans l'ensemble des pays demeurés dans l'aire romaniste, c'est que de tels pays ont cultivé la vieille « justice particulière » issue de la « nature des choses » d'Aristote et de la *Ila Ilae Q. 57* de la *S.Th.* de s. Thomas, en s'attachant à un droit d'ailleurs purement patrimonial et borné au partage des biens comme choses, *Sachenrecht*, *Property law*, *derecho de las cosas*, tandis qu'en France, non seulement l'extension à la sphère extra-patrimoniale, mais la confusion entre « justice particulière » et « générale », d'essence politique ou relevant de la morale sociale, a préparé le terrain à une *idéalisation globale du droit* et à une *subjectivisation de ses sources* dont le *contrat* a été l'exemple pour devenir ensuite un produit détaché et abstrait et cette sorte de « fétiche » ou de gadget *autonomisé* que prévoyait lucidement la prophétie marxiste en anticipant sur les *mercantilisations* géantes et totalitaires⁵, embrassant même les personnes jusqu'à leurs forces de travail, qui se répandent sous nos yeux à travers les circuits des délocalisation industrielles.

Il n'est donc pas étonnant que l'on se soit habitué traditionnellement à opposer *l'approche de type volontariste* regardant un *contrat* entre sujets (un « juste prix » comme stipulation contractuelle et « voulue ») et *l'approche de type réaliste romaniste* ramenant ce contrat à un échange de choses objectives

⁵ Cfr. MARX, K., *Œuvres*, Paris, Gallimard/Pleiade, t. I, préf. Fr. Perroux, tr. M. Rubel, 1965, *Le Capital*, chap. I, *Le Manifeste du parti communiste*, p. 164 s.

(et faisant du « juste prix » l'expression d'adéquation, selon les cours du marché, de la valeur vénale du bien offert en contrepartie). Cette distinction était passée pour ordinaire et croisait invariablement les discussions universitaires s'élevant au niveau d'une définition théorique ; elle permettait de classer surtout les systèmes juridiques en fonction de l'emprunt qu'ils faisaient à l'une de ces deux idées.

Un exemple le montre bien : à propos des *ventes internationales de marchandises* et de produits périssables, l'on sait que l'on a dû se fonder en Europe sur la convention de la Haye (1964) d'application immédiate pour les pays qui l'avaient souscrite dès que les contrats déferés à leur juridiction présentaient un facteur de rattachement à une législation étrangère à leur ordre juridique ; or cette convention semblait bien prolonger le droit français et adopter un critère axé sur l'accord des volontés, sur ses composantes et ses prévisions ; mais depuis l'ouverture à l'Europe centrale et à l'Europe de l'Est, l'on a estimé que les droits des ex-pays d'occupation soviétique étaient restés de manière sous-jacente tributaires du vieux réalisme romaniste, véhiculé par la référence doctrinale permanente à la *Magna Glosa* (voir l'enquête classique de *Rechtswissenschaft* des foyers de langue allemande de Johann R. von Stinzing & Ernst Landsberg, ou même, très tôt, Zdn. Krystufek s'y rapportant à Prague sous régime occupé). Et le traité de Vienne (11 avril 1980)⁶ a marqué un basculement vers le retour, au fond, à un *réalisme généralisé permettant de redéfinir le contrat en termes d'échanges de choses en se délivrant des exigences consensualistes* (d'où certaines conséquences discutables certes sur la mise à l'écart de la qualité de propriétaire du vendeur ou sur la non *déterminabilité*, désormais, du prix⁷). L'on a pu souligner ainsi, parfois sous le nom d'« américanisme », suivant quelque transfert inconscient (quand on sait le fond germano-romaniste du droit d'Outre Atlantique), un changement substantiel des solutions : la *chose* ou le *réel* oubliés de la voie française ou de l'héritage idéaliste, sont revenus au fond comme des phénomènes « naturels » que l'on avait abusivement refoulés.

⁶ Cfr. dans la suite aussi des études anciennes de B. Goldmann y compris aux *Archives de philosophie du droit*, notamment sur la « *lex mercatoria* », ou les études de Cl. Witz sur le droit allemand, JACQUET, J. M. ; DELEBECQUE, Ph. & CORNELOUP, S., *Droit du commerce international*, Dalloz, der. éd., p. 334 ; Ed. Lamazerolles, *Les apports de la convention de Vienne au droit interne de la vente*, Université de Poitiers/col. Fac Droit, LGDJ, 2000, *passim*.

⁷ Comp., en droit interne, avec l'*Ordonnance* du 10 février 2016, cit. infra, les art. 1163, & 2 et 1166 et les formulations ambiguës ouvrant à cette interprétation.

PROMOTION DU RÉEL DES « INTÉRÊTS »

Cependant, les signes actuels que font apparaître diverses tendances caractéristiques en France montrent que, si l'idéalisme s'est effondré, et si le langage du consentement ou de la volonté est devenu anachronique et désuet, il ne s'agit nullement d'un « américanisme » redouté de plus qui cacherait en réalité la reviviscence d'une tradition romaniste et objectiviste méconnue. La situation observée tient, en effet, tout aussi bien *au rejet des notions de chose et de réel, et par là de tout réalisme romaniste* : le rejet du consentement et de l'idéalisme qui lui est attaché ne sont pas seuls en cause.

A la place, c'est *le langage d'une subjectivité concrète et empirique mais collective et massivement imposée par les acteurs d'un marché* qui l'emporte, suivant le raisonnement d'un matérialisme de causalité efficiente qui est subversif de l'ordre de tout droit et de tout Etat visant à le protéger et qui rappelle la critique marxienne des années 60 ; c'est qu'il s'est habilement reconverti aujourd'hui en un libéralisme capitaliste optant pour la finance au lieu de l'industrie qui était adossée aux vieilles propriétés foncières et « réelles ». En France, Georges Ripert, encore ému par la condamnation qu'il venait de subir et prenant l'itinéraire des déculpabilisations via une douteuse *pax americana*, aura flatté, dès les années 50, ce mouvement qui oriente irréversiblement, et en rupture avec la tradition du jusnaturalisme classique (d'une *justice particulière* de la *nature des choses* en accord avec une *justice générale* de la *nature de l'homme*) dont on pensait qu'il avait pu un moment l'honorer (Les règle morale...), vers le *crédit financier* ruinant dès lors le *crédit réel ou fournisseur*.⁸ Ce qui aura une influence pernicieuse et rampante sur les juristes commercialistes de la Ve République.

Au terme de cette évolution, et pour franchir le saut nihiliste, enfin, hors du droit lui-même, le vocabulaire de la « *prestation* » est alors devenu roi : l'on a écarté le sujet et sa volonté, puis la chose et sa représentation !⁹ Place

⁸ RIPERT, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951.

⁹ Cfr. l'*Ordonnance* du 10 février 2016 portant réforme du droit civil du contrat et, s'y prenant par voie exécutive, glissant les acteurs du marché dans le « processus de formation » ramené à un échange de prestations et réussissant même à autonomiser créances et dettes de manière à pouvoir les « mobiliser », les céder en se dispensant des formes minimum de respect du consentement des sujets de droit impliqués (en supprimant par exemple la « signification au débiteur cédé ») : cet allègement de forme et de conditions probatoires s'opère au détriment de la dignité personnelle aliénée au marché libre des créances et au développement abstrait de leurs échanges.

à l'intermédiaire abstrait de la relation dont on a coupé les tenants et aboutissants et que l'on a donc nommée « prestation », ballottée au gré des marchés et des investisseurs, sous le contrôle des agences élues par leurs soins, afin de les coter sans plus de recours à un juge arbitre du sens d'une règle ou d'une mesure, à moins de conserver l'édifice judiciaire tel qu'il est, mais en le faisant éclater de l'intérieur en pôles que l'Etat arbitre libéral abandonne aux lobbies qu'ils sait repérer comme dominants selon l'origine des vents de spéculation boursière. L'on remarquera même de la sorte, au plan pénal cette fois, les attitudes divergences entre Parquet de la Seine et Parquet de Nanterre dont on se demande pourquoi... ils sont... « deux » ! C'est que le « blanchiment » de l'argent issu des capitaux tirés de « l'enrichissement sans cause » (la « cause », le concept même dont la référence est éludée) au gré des contrats de travail flexibles, n'a pas le même sens selon des critères de compétences juridictionnelles *rationae materiae* ou *rationae loci* masquant à peine la collusion du politique et des « intérêts ». Le « beau droit » de la « forme » procédurale conserve dès lors les cultes, mais le culte d'un nouveau veau d'or du *ius* caché qui n'est certainement plus la justice commutative.

Pareillement, on peut vérifier ce point de façon exemplaire dans *le droit de l'erreur substantielle* qui défraya jadis la chronique en matière d'œuvres d'art.¹⁰ Il suffit de relever que les mots « substance » et « chose » ou « réel » ont disparu. L'on a eu retenu la substance intramentale de la représentation subjective à travers son objet logique ; l'erreur désignait alors la méprise, *mistake* du droit anglais, portant sur le point dont on pouvait convenir qu'il avait été déterminant du consentement à l'acte, qu'il en avait produit même l'accord constitutif en se présentant comme l'élément propre à une représentation commune indépendamment de la réalité matérielle et essentielle de la chose : sa forme *informante* devenait donc la pensée qui lui assignait son être et ses fins. L'on avait par conséquent prêté cette volonté au contractant, et l'on avait congédié la réalité en soi de référence de cette représentation tout abstraite. Mais aujourd'hui, dans le projet de réformé annoncé comme acquis, elle se trouve évacuée elle-même pour n'avoir à s'interroger que sur ce que l'usage sociologiquement des comportements nommerait « la qualité essentielle de la

¹⁰ Cfr. TRIGEAUD, J.-M., « L'authenticité juridique de l'oeuvre d'art et la critique philosophique de l'interprétation », *Thèmes*, <philosophiedudroit.org> fasc. I/2009 (et les réf. à nos art. anciens sur l'erreur).

Et v. l'a. 1136 de l'*Ordonnance* portant réforme, précit., confirmant le projet allégué ici.

prestation » (*sic*). A soi seul, cette formulation est éclairante de tout le reste. Elle montre *le naufrage du réel pensé après celui réel pensable*, de la *chose idéale* après la *chose réelle*, du sujet après l'objet, pour entrer sur la scène d'un nihilisme onto-axiologique des intérêts. Intérêts abandonnés à eux-mêmes, dont le contrôle sera progressivement soustrait à un juge, déferé à un arbitrage, tout en gardant un langage comme un réceptacle formel..

DROIT DU TRAVAIL ET UNIVERSITÉ À L'ÉPREUVE

Un dernier code pose enfin le même problème dans l'actualité politique que les précédents : le code du travail. Il sera convenu d'un alibi matériel : la complexité, la prolixité, comme si l'épaisseur du *code d'éditeur* condensant jurisprudence et textes annexes et commentaires correspondait à celle que l'on feint d'omettre, celle du *code légiféré* qui est « en réalité » cinq à six fois inférieure ! Mais l'imaginaire l'emporte sur une telle réalité pourtant vérifiable sur les sites légaux « en ligne » qui présentent aux fonctionnaires de l'inspection du travail ou de la sécurité nationale la vraie version, relativement brève, du *code légal*, n'excédant guère 5 à 700 pages. Au-delà de ces considérations, les arguments invoqués en vue d'une refonte tiennent surtout à la triple nécessité à la fois de simplifier (réduire), adapter (modifiant des principes) et rendre efficace : ce dernier but indique humiennement que la vérité, à défaut d'être une vérité de justice réelle à promouvoir, celle de la dignité des personnes, employeur et travailleur, sans préjuger équitablement de l'un ou de l'autre, et celle de l'égalité générique de ces catégories entre elles à la mesure de leur personnalité ou capacité juridique, et celle, au surplus, de l'égalité inter-objective et commutativement entendue des obligations échangées, n'est plus *qu'une vérité d'opportunité inspirée par le souci de satisfaire des intérêts peu universalisables et catégorisables ou oligarchiques*, et en tout cas *extrinsèques à la chose juridique*.

D'où l'idée de sortir, ici encore, du cadre de cette chose de droit, d'où la tentation d'en diminuer la matière même devenue inutile à cet égard et, surtout, d'en suspendre les principes et leurs référents (dignité indivisible et égalité relative au montant des obligations contractées). Dès lors, les principes sont le reflet *d'une vérité a posteriori d'utilité et non plus a priori de justice*, vérité tirée des effets à produire, vérité plus que humienne d'efficacité : vérité nietzschéenne selon un pragmatisme d'essence fondamentalement nihiliste.

Sémantiquement faussés, de tels principes sont subordonnés aux intérêts unilatéralement constitués côté employeur ; c'est un « progrès » dialectique au

sens de *l'Idéologie allemande*, mais le « dépérissement » du droit qui se joue se tourne au profit d'une société civile inversée où ce n'est plus le prolétaire mais le spéculateur-investisseur de son travail qui le domine. Le marxisme a bien au fond atteint son but historique de subversion du droit en passant dans un camp dit « libéral » complice suivant la même conspiration à l'encontre des notions *de dignité de la personne* et surtout, au-dessus des catégories sociologiques à ne pas diviser, *d'égalité* ; et aucun modèle, ni idéaliste ni réaliste, ni subjectiviste ni objectiviste ne tient plus. Et, en conséquence, ce sont les entreprises qui détermineront elles-même, dans un cadre légal large et vide, le contrat même qu'un législateur les autorise à conclure. Cela n'est guère nouveau et apparut jadis derrière de le concept encore informe de « convention collective » aujourd'hui « redynamisé » sous ce biais (en référence à un projet de loi débattu en ce début d'année en France¹¹). Mais législateur au sens nouvellement entendu est devenu seulement un « arbitre » passif et lâchement abandonné au gré des intérêts *et de n'importe lesquels*, (ce qui semble adapter la formule protocolaire de la *Théorie pure du droit* visant la norme...). Légiférer exclut dès lors tout acte directif d'une règle substantielle de respect de la dignité-égalité. Toute juridiction risque elle-même de disparaître devant l'arrogante puissance de comités d'entreprise élisant eux-mêmes leurs arbitres. Mais, après tout, à plus vaste échelle, ont déjà montré l'exemple en un tel sens les accords RSE de grandes multinationales, au mépris des textes fondamentaux de protection des droits humains.¹²

Du travail humain, ou plutôt, comme ose le dire le politique ouvertement en forme d'aveu, du « marché du travail », à la *formation universitaire*, il n'y a qu'un pas.

Dans une correspondance que nous avons entretenue dans les années 1985/86, notre regretté ami Alvaro d'Ors me témoignait de sa réflexion critique à l'égard de réformes universitaires françaises dont je ne cessais de stigmatiser le premier les orientations, perspectives qui n'ont jamais cessé de s'aggraver depuis, sous la conduite d'une idéologie de même inspiration. Et nous convenions que l'université, comparable au « contrat » ou à la « juridiction » en question plus haut, venait de cesser au fond de transmettre, au moins offi-

¹¹ Projet remis par notre collègue le pr J.-F. Cesaro (U. Paris 2) au ministère du travail en janvier 2016.

¹² Cfr. notre communication in *Les normes de RSE. Mise en œuvre, contrôle et sanctions*, Univ. Bordeaux IV, Comptrasec, 27-29 oct. 2010, à paraître *Actes*, Bruxelles, Bruylant, dir. I. Daugaireilh.

ciellement, un enseignement scientifique fondamental et désintéressé, visant donc à *former les esprits à un sens de la vérité* à atteindre, pour adopter, en un second temps, une exigence d'égalité dans l'octroi des diplômes, car, très vite, ce dernier but s'était lui-même retiré devant le seul qui semblait s'imposer et qui paraissait séduire démagogiquement, le but de *l'intérêt en soi*, sans plus de défense *ni de la science ni de la dignité des personnes, ni de l'égalité entre ces dernières* : le but d'assurer en somme *une promotion sociale*. Le but ne précédait pas, en termes de référence à une « justice », il était consécutif, de façon empiriste, à une action désormais *hétéronomisée* par l'intérêt social d'accéder à un pouvoir, ce qui conduisait à une vision d'*instrumentalisation* de l'université, la ramenant à une école (résultat aujourd'hui obtenu), et réduisant celle-ci à une initiation professionnelle, transformant l'avocat même, par exemple, en commercial au service d'une clientèle. Aristote n'a-t-il pas écarté comme trait distinctif des sociétés humaines la simple activité de « *production* » qui est agie de l'extérieur par l'intérêt de sacrifier à un résultat commandé par une « *action* » maître de ses propres fins ? Et n'a-t-il pas enseigné que l'homme n'emprunte justement pas son humanité à une telle *production* mais bien plutôt à *l'action* qui le restitue à sa dignité de personne libre interprétant des choix de valeur ?

Voilà, au fond, sous deux aspects parallèles et complémentaires, quant au contrat ou quant à l'institution universitaire, un même processus de *déréali-sation* qui apparaît de source nominaliste afin de promouvoir des mécanismes de vérité « vides », dont le contenu ne demande à se remplir qu'en fonction de l'utilité et de l'efficacité d'une pratique à accomplir. Vérification de la prophétie du *Gai Savoir* d'un temps vantant des « idées fausses » pourvu que, se trouvant entre les mains de Surhommes du néant de *l'opinion dominante* de l'histoire, elles produisent une application adéquate ; dernière mise en scène du pragmatisme sur arrière-plan de négation ontologique et morale *d'un ordre des essences et des fins, de la dignité et de l'égalité différenciée existentiellement des personnes libres* ; aboutissement enfin de l'éthique *conséquentialiste* stimulée par « l'analyse de langage » et le *non cognitivisme* depuis une exploitation que d'aucuns jugeront tendancieuse des travaux du Cercle de Vienne.

La frénésie *du résultat à atteindre*, objectif d'une politique enrobée dans des certitudes dogmatiques de valeurs qui s'imposent aux volontés et non plus aux intelligences, déduira de manière aussi hâtive que culpabilisante *la légitimité douteuse des moyens qu'elle emploie de la nécessité sans cesse indémontrée d'engendrer de tels résultats* ; ils se justifieront donc par leur production toute nihiliste et non plus par *quelque devoir-être en son absoluité transcendante* dont se réclamait jadis l'action qui s'y fiait en se ramenant à l'ensemble des instruments qui lui

sont affectés. Le positivisme *conséquentialiste* auquel ne résiste plus actuellement aucune politique, lui inspirant une sorte de *terror conscientiae*, absorbe et détruit le droit, nie son autonomie, et récuse par là l'Etat de droit. C'est qu'il s'est d'emblée installé dans un refus de l'être et des fins qui y sont inscrites, entretenant *la rupture avec l'ordre de ce que sont les personnes et leurs liens avec les biens leur appartenant*.

De fait, il a reconstruit à sa façon *un ordre volontariste du monde*, « son » monde ; monde qui ne tire sa respectabilité que de la réussite de son « entrée dans l'existence » (*Wirklichkeit*) afin d'y substituer ses modèles, condamnant par là cette existence au néant et la remplaçant par des entités de raison efficaces ou « opératives ». Justifier l'action vidée de références axiologiques par son unique mise en mouvement et par l'efficace de ce mouvement, telle est bien l'œuvre du nihilisme que l'on craignait le plus, et qui avance sous les alibis d'une pseudo-éthique aveuglant sur la portée « réelle » de résultats estimés opportuns mais selon les perceptions sociales les plus naïvement crédules que ses artisans invoquent.

RES-PONSABILITÉ E DÉRIVES EMPIRISTES SUR FOND NIHILISTE

De même, cette démarche aboutit à évacuer de la responsabilité elle-même le terme « *res* ». Mais si le lien avec la *res* disparaît de la *responsabilité contractuelle*, il s'efface également de la *responsabilité délictuelle* ; et quand celle-ci est *criminelle*, l'irruption d'un langage de l'émotion dé-cognitivisée, contrairement à toutes traditions noétiques d'Orient en Occident, permet d'anéantir tout *principe de réalité*, de sorte qu'on comprend la campagne propagandiste de discrédit engagée (appointant ses essayistes détracteurs comme l'improvisé Michel Onfray) contre les travaux de la psychanalyse particulièrement freudienne et jungienne au XX^e : c'est la référence à une « *chose* » et à un « *ça* », à un « *es* » qui pose le problème insurmontable dans la nouvelle gestion d'un monde aux partenaires fonctionnalisés et soustraits à leur liberté métaphysique d'avoir à s'interroger sur *la fin réelle* et objective de leurs actes *et sur la personnalité réelle et identifiable de leur victime*.

On parlera plus volontiers d'« onirisme » des représentations et d'émotions qui les enveloppent. La subjectivité a plongé le réel dans sa nuit. Des ouvrages publiés aux USA usurpent même le nom de métaphysique et de psychologie ou de psychiatrie notamment criminelle (nous en traitons ailleurs) pour tenter d'éradiquer en même temps d'une ontologie et forcément d'une

axiologie et aussi bien d'une psychanalyse, décidément embarrassante, *tout substrat réel* comme référent de contrôle indécent. A la façon dont déjà Michel Foucauld, réitérant un doute nominaliste, et reprenant (et,, plagiant à l'envi) une cohorte d'auteurs non cités, déclarait sans originalité tenir entre parenthèses et proscrire toute question métaphysicienne d'origine, de provenance, de fondement et, à la limite, d'intelligibilité d'un pourquoi. Cette attitude s'est accompagnée d'une régression misologique et matérialisante ainsi qu'on l'a déjà connue à l'époque XIX e des études de Charcot à Sainte-Anne, et d'un aveuglement sur les méthodes thérapeutiques comme sur les sanctions pénales à prévoir. Elle se prolonge également à travers l'éviction du *référent sémantique* dans une analyse de langage qui encourage à l'assimilation de toutes les formulations propositionnelles conçues comme des systèmes de communications de messages purement factuels et dépourvues de signification au-delà.

Et, analogiquement, dans le champ théologique, qui n'est pas épargné non plus, une notion de foi de formalisme piéiste, excluant l'acte de connaissance ana-noétique et d'expérience spirituelle intériorisée, fait place à l'acte d'imputation *positivisant* et strictement volontariste, entraînant à l'*obéissance* plus qu'au *respect de ce que l'on reconnaît* pour l'avoir *connu* (pauliennement). Comment ne pas voir qu'en parallèle l'affect ou l'émotion sont récupérés dans une direction qui détourne de toute intuition de sens et de valeur et qui conduit à en écarter la portée éthique, repoussant, de façon préoccupante, toute idée de sentiments moraux ?¹³

Si l'on remonte aux temps médiévaux puis à l'âge classique du XVII e, *la référence au réel et à la chose* subsiste cependant toujours, suivant des mots à usage dissociés et venant parfois en allitération les uns des autres. Il s'agit de tenir compte d'un élément permettant de contenir les versions *subjectivisantes* que l'on craint ici le plus et qui entraînent tant de dénaturations jusqu'à ruiner le sens de l'instance processuelle sous sa dimension judiciaire objective. De même que la faute est plus dans la *connaissance* que dans la volonté, et par là dans son critère rationnel intelligible ; l'erreur ou l'ignorance qui la caractérise est représentée comme celle *des choses*, « *rerum* » ; et le « *reatus* » de la faute suit

¹³ Cfr. notre art. « Personne et vérité, entre le subjectif et l'objectif », *Rivista rosminiana di filosofia e di cultura*, Stresa, Sodalitas, 2014, (An. CVIII, Fasc. I), p. 1 s. et notre rapport sur la belle thèse de M. Briard, *Affect et responsabilité dans le droit des relations intra-familiales* sous notre dir., U. Bordeaux, septembre 2015 (l'auteur ne cessant de traiter en dépassant le positivisme analytique de l'élément affectif dans sa fonction en somme cognitive et dans ses conséquences sur le processus de responsabilité civile ou surtout pénale).

celui de la peine,¹⁴ comme il se retrouve en langage civiliste associé au *debitum* (la dette en tant que « chose dûe » et non, subjectivement, comme « devoir de »).

Libera me de reatu sera la traduction d'un passage-clé des *Psaumes* (Ps 50/51 s.) de David, ce dont on vérifie l'écho dans le « délivre-moi de l'ignorance » (et de l'ignorance d'un quelque chose, d'un *quod*) des *Notre-Père* des anciens Offices des Ténèbres de Pâques sous la Régence en France... La chose à percevoir à lumière de l'esprit de vérité est le « *reatus* », ce qui est relevant, porte à conséquence et est *compté à charge*, assimilable au symbole du sang et de l'injustice, et qui, en tout cas, en est source. Il s'agit de se soustraire à sa servitude en le neutralisant par le témoignage de la perception « vraie » (quasi spinoziste ici, l'itinéraire mystique de la délivrance par la pensée étant le même).

D'où le rebondissement qui est de solliciter à être libéré, non plus de la chose dont l'opacité du sens non éclairé obscurcit certes la conscience, mais plus immédiatement et psychologiquement de *l'ignorance* qui signifie de s'être détourné de toute possibilité d'accéder à la compréhension de l'objet, donc du mal que l'on prétend fuir.

Inévitablement toutefois, la décadence a une suite et n'échappe pas aux retours, sous d'autres avatars, de ce qu'elle a contribué à supprimer. Certes, ce qui s'est progressivement perdu est *la chose* et plus amplement et synthétiquement toute perception d'un *réel*, derrière des apparences qui ne le laissent pas discerner et qui entretiennent des mots et un vocabulaire amputé de sa substance signifiante.

Dès lors, il convient bien de comprendre que les droits romanistes et réalistes ont disparu, malgré la fiction de leur victoire d'un moment sur les droits issus du rationalisme idéaliste et des Lumières, centrés sur le sujet. Mais l'on confondait déjà en pays romaniste le réalisme et l'empirisme, Aristote et Locke (Rosmini l'avait dénoncé dans l'Italie du Nord de la fin XVIII e), et le devenir de ce pseudo-réalisme a mené d'autant aisément à son auto-destruction de type nihiliste. Si bien que prenant la place, a-t-on cru, du volontarisme des codes à la manière française, et ainsi des dogmes du consentement ou de la qualité substantielle d'une chose plus *pensée* que *réelle*, ou d'une réalité du moins *idéale*, il s'est condamné à se dissoudre à son tour pour déboucher sur

¹⁴ Cfr. l'oublié mais majeur Pedro de Tapia, en son unique ouvrage : *Catena moralis doctrinae*, Hispali (Seville), Salvator de Cea Tesa, 1654, commentant le traité des « causes » des fautes morales, fondées sur « l'ignorance » et où ce vocabulaire tiré de « *reatus* » revient sans cesse de manière caractéristique, aux p. 245 et s.

V. l'analyse terminologique *infra* : *in fine* sur « *reatus* ».

un univers où s'est évanouie toute réalité, et réelle et mentale, et hors de moi et en moi, et transcendante et transcendantale.

C'est l'univers d'un *empirisme de néant* qui s'ouvre désormais. Il est l'univers du jeu des intérêts déconnectés du sens d'un bien ou d'un mal, d'une justice ou d'une injustice ; l'univers qui *conventionnalise* en forme de compromis arbitrés ces conflits en les soumettant aux représentants des catégories d'acteurs en scène, des spéculateurs ou investisseurs sur le marché tout en interdisant de s'interroger sur leur identité, leur légitimité morale ou simplement démocratique ; l'univers où les instances d'organisation du marché remplacent les instances normatives du droit, où le droit même n'est plus qu'un signe nominal et abstrait, où l'État suit le même destin, où plus aucune contradiction n'est possible qui obligerait à scruter un en-dessous ou à s'élever à un au-dessus, à rechercher un sous-jacent, une hypostase, un transcendant, un être et une valeur, un *troisième terme* que la logique binaire, la dyade infernale du mal nihiliste fossoie avec elle.

RÉSURGENCE D'UNE « NATURE » ET RETOUR D'UNE DIMENSION « RÉATIVE »

Mais tout cela n'est-il sans doute qu'une figure de passage, car presque inexorablement le « troisième terme » gommé se reconstitue.

Voici que le transcendant réapparaît, qu'un résultat même laisse présupposer qu'une fin *a priori* avait guidé l'action ; que la production se suspend à ce qu'une intelligence qui la conduit a reconnu sans soumission excessive de la volonté à ses dictats, mais parce que la vérité en ressortait pour l'esprit universalisant épris d'analyse et de synthèse. En un mot, *le contraire* revient derrière l'apparence du *même*.

Et si ces évolutions contemporaines de disparition du réel et de la chose nous exaspèrent à travers des solutions introduites dans la société politique et culturelle qui ébranlent des institutions millénaires, défont un langage, prennent le vocabulaire à contresens, admettons toutefois *l'historicité* qui les frappe elles-mêmes et qui traduit au fond un certain *non dit* tenant à la poussée d'une exigence implicite d'être et de valeur, une exigence qui, au futur antérieur, *aura toujours été présente*, d'une permanence irréductible. Une nature aura par là subsisté sous les « vanités du monde » eut dit Diego de Estella, sous les vicissitudes de la coutume, sous les précarités du droit ; c'est le message montaigniste et pascalien aussi bien, inspiré de l'auteur navarrais.

De sorte que *la justice en ressort intacte à l'arrière-plan de ce droit* mais doit sans cesse être exposée aux délires herméneutiques inattendus de la volonté

destructrice des hommes, et invariablement à des déperditions, à des gaspillages, à des régressions. L'expérience d'une valeur latente que tous ces phénomènes négatifs paradoxalement incarnent montre qu'il est toujours possible de reconstruire à travers eux, en dépit d'eux, l'édifice. Même si les temps se sont accompagnés de l'abandon de biens irremplaçables, d'autres biens de même consistance parviennent à les remplacer.

Il y a donc un *post-décadentisme* qu'oblige à retenir toute métaphysique de la chute, surtout nihiliste. Les esprits juridiques doivent guetter les signes qui leur assureront de retrouver ce qui s'est perdu, lentement, en amont de ce qui est nouveau : non pas « dans » la *novitas*, car il faudra attendre en prévoyant, mais « sous » cette *novitas*, en considérant qu'il suffit de laisser s'opérer les contradictions et les renversements qu'elle entraîne, si le « ce dont » elle procède ressurgit inévitablement.

Ainsi dans le conflit concernant des intérêts, au-delà des acteurs, au-delà des interprètes se substituant à un juge, au-delà d'une mesure empirique oppressive et violente remplaçant la règle de droit, émergera *l'élément dont les intérêts sont l'expression* ; et, forcément derrière les arbitres sociaux reparaitront *les juges*, sous les mesures d'opinion *les règles*, sous les intérêts *la justice* qui les met à égalité et les départage, sous l'organisation *la norme*, une norme humaine respectant *la nature* du même nom et reflétant l'intellectualité libre inhérente à *la personne*.

En ce sens, s'engagent les orientations du GAT et de l'OMC. Porteurs des libertés empiriques les plus anti-métaphysiciennes d'un ordre de marché perçu comme anarchique et dangereux, abandonné à la passion du plus fort, c'est tout à l'opposé un ordre normatif qui s'est constitué par leur intermédiaire. Ce qui a mis au pas les plus forts et a accueilli, plus ouvertement qu'on ne l'imaginerait, les plus faibles. Parce que cet ordre a d'abord *tout embrassé*, ne s'est pas constitué *contre* d'autres ordres ; la régulation de la concurrence *ne saurait être elle-même concurrentielle et rejette le postulat d'une lutte des intérêts*. Voici reproduites les structures non pas d'un monde mais *du monde*. D'où l'exigence de s'incliner devant une « nature de la chose » propre aux échanges, à tout le moins devant l'idée d'un transcendant, d'un invariant onto-axiologique. Cet ordre demeure ainsi humain et reconnaît ne pas se contenter pas d'une organisation rationalisée comme la ruche mais il instaure une directivité assortie de contraintes à d'éventuelles sanctions, il est le fruit d'assemblées et de juridictions humaines en vue d'ajouter à la nature empirique une nature morale qui la transforme.

Donc, si la chose et le réel du langage réaliste traditionnel semblent s'être effacés, ce n'est pas exactement leur équivalent intériorisé dans un idéalisme

qui s'y substitue, puisque celui-ci est plus qu'en déclin dans les pays présentés comme « volontaristes » à la manière française post-révolutionnaire consécutive au Code Napoléon. Mais la réapparition de la chose et du réel qui l'induit s'effectue sous une autre dimension, *la dimension absolue de l'être en sa transcendance*, sous les expressions historiques du droit et par delà les distinctions classiques entre les systèmes. Il suffit de l'y discerner, et l'on peut prévoir que se redessineront dès lors les deux figures : *réaliste*, romaniste classique, et *idéaliste*, empruntée à la modernité du subjectivisme transcendantal ; mais dans cette dialectique la figure d'un réalisme pourra tout de même prétendre avoir le dernier mot de façon durable, et elle résistera à se laisser absorber par la seconde figure, tout en se dérochant à un empirisme qui l'avait envahi un moment et qui a précipité vers le nihilisme des intérêts.

Ce nihilisme, faut-il y insister, nous paraît bien correspondre à la phase de *déjuridicisation* que nous vivons aujourd'hui. Mais il est promis à être de soi dépassé et réintégré *ou rapatrié au réalisme dont il provient*, non en retournant directement vers lui, mais *en s'ouvrant à la réalité onto-axiologique dont ce réalisme et tout idéalisme procède*. Peut-être est-ce un recommencement de l'histoire. Cela atteste en tout cas verticalement la dignité *métempirique* de l'être humain et de sa nature comme expression de sa personne métaphysique.

C'est qu'initialement fut l'archaïque formule « *reapse* » qui condense la *res ipsa* et que pratique encore Cicéron, et d'aucuns diront qu'en est tirée la *ratio*, celle qu'invoquera l'école stoïcienne des rhéteurs romains, à moins qu'elle ne provienne de *reatus* donné par allitération avec *res*, mais qui renvoie à la même dimension objective. Or le mouvement de toujours et des origines est incontestable quoique caché au fond vers « la chose même » en même temps que vers les choses propres, les propriétés que le droit reconnaît en prolongeant finalement l'activité de la raison spontanée ou du *logos* qui s'incarne dans l'observation d'une réalité « relevante », qui est en tant qu'elle « compte » ou qu'elle « s'impute » (*reata*) à quelqu'un. *Reatum* avant tout *debitum* ou avant toute *Schuldigung* (que le subjectivisme français traduit erronément par « culpabilité » !). Une réalité qui « compte » parce que, comme l'idée platonicienne désignée par l'*ousia*, il s'agit de ce qui a le plus de poids et représente non seulement l'être des ontologues mais la richesse des économistes (ce que signifie de même le véd. *raya* et l'indo-iranien *ram*).¹⁵ La genèse de ce que l'on

¹⁵ Comp. ERNOUT & MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klincksiek, 1959, p. 570-71 ; MACDONELL, A. A., *A practical sanskrit dictionary*, Oxford, 1954, p. 161.

visé au plus haut est sans cesse la même, et c'est à partir de ce réel juridique et économique que se constitue le sens même de l'identité psychologique d'un soi qui ne déborde pas dans la subjectivité d'y projeter ses fins en ignorant les siennes propres, et qu'émerge l'idée majeure *d'un réel de ce réel* dans la transcendance même de l'être comme protection contre toutes les dérives, à la fois des idéalismes et des empirismes.

DÉPASSEMENTS

Encore faut-il convenir ici des limites du droit, sous l'aspect de cette démarche si réaliste que nous lui prêtons, et qui consiste à reconnaître donc un principe de réalité et à n'admettre que les choses objectivement intelligibles qu'il nous donne à comprendre et qu'il réfère ainsi à une paternité plus profonde pour nous en imputer ensuite la charge de les servir, tout en les ordonnant certes aux fins supérieures de la réalité humaine qui nous constitue à notre tour. Ces limites tiennent à l'idée que *se trouver au seuil d'une paternité plus haute n'autorise pas à enfermer celle-ci dans le réel ou les choses qui en apparaissent et lui appartiennent*. D'où la critique que l'on peut faire d'un droit qui se confondrait avec la morale de cette confusion. Là encore une méditation de D. de Estella semble précieuse, qui précise que si la morale la plus élevée prétend suivre le sujet, euphémisme pour désigner l'instance divine elle-même, l'on ne saurait le ramener aux objets qui se reliaient à lui : le suivre et ne regarder que les choses qu'on lui impute, les biens qui lui sont attribués, serait s'interdire de remonter à la source¹⁶ et amalgamer l'absolu avec le relatif, la non dépendance du juste en soi qui seul justifie avec celle d'un juste dérivé et justificatif seulement par participation. Le réalisme ne verse aucunement par là dans l'intéressement d'un utilitarisme qui substituerait l'avoir à l'être.

Mais force est d'admettre, et c'est tout l'esprit du romanisme auquel s'attachait Alvaro d'Ors, que le chemin qui ouvre le mieux à cette contemplation passe incessamment par le fait d'assumer et le réel et les choses, dans leur vanité ou leur précarité pour les délier du subjectivisme de leur interprétation et rappeler sans contradiction que le principe plus élevé qui les régule se situe dans la transcendance.

¹⁶ ESTELLA, D. DE, *Tratado de la vanidad del mundo*, Marid, Ibarra, 1785 (sur l'opus orig. du XVI e), t. 2, c. XV, p. 40 s.