



"Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique"

Ost, François ; Lenoble, Jacques

Abstract

NA

Document type : *Thèse (Dissertation)*

Référence bibliographique

Ost, François ; Lenoble, Jacques. *Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*.
Prom. :

2^{es} A.R. Don J. Lenoble

DA 75619

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

UNIVERSITE CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA - NEUVE
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE

ESSAI SUR LA DÉRIVE MYTHO-LOGIQUE DE LA RATIONALITÉ JURIDIQUE.

DISSERTATION PRESENTÉE EN VUE DE L'OBTENTION DU GRADE
DE DOCTEUR EN DROIT PAR

Jacques LENOBLE ET François OST

AVRIL 1980

INTRODUCTION

"La mythologie juridique a cet avantage sur toute autre d'être une mytho-logique. Comme la rationalité du droit rejoint dans le mythe les sources de la terreur, en ce point où le Sacré constitue la menace absolue, la conjonction de la Raison et du Danger fait de cette mytho-logique la plus captative, la plus fallacieuse des mythologies, la plus difficile par conséquent à déconstruire, mais surtout celle qui résiste le plus énergiquement à la réinterprétation".

P. RICOEUR, Le conflit des interprétations, p. 364.

I. L'OBJET du présent travail est l'étude de la rationalité juridique occidentale envisagée en différentes de ses manifestations. Par rationalité, nous entendons le mode de fonctionnement de notre discours juridique, la précompréhension qui guide ses utilisateurs. Bien qu'une telle précompréhension ne devrait, en principe, présenter aucune connotation positive ou négative, valorisante ou dépréciante, il faut néanmoins remarquer que l'usage qui en est fait par les juristes la transforme progressivement en principe de contrôle et d'évaluation du discours et ainsi - nouveau glissement - en étalon ultime de sa validité et de sa vérité. Qu'on le veuille ou non, l'idée de rationalité ne se contente pas de renvoyer à un mode quelconque de structuration des discours et disciplines, elle suggère encore la rectitude et la pertinence de cette structuration. C'est là - avant même l'énoncé de notre propre thèse concernant la rationalité juridique - un trait inéluctable de notre objet d'étude, dont il nous faudra tenir compte.

Cette rationalité juridique, sans pouvoir l'envisager dans l'ensemble de ses manifestations et dans la multitude de ses aspects, nous l'étudierons par sondage, comme un géologue peut étudier un terrain. Trois strates de discours se dégageront ainsi à l'analyse. La première vise la précompréhension qui anime l'oeuvre juridictionnelle, envisagée tant dans ses aspects institutionnels que méthodologiques. La deuxième vise, dans le prolongement de la première mais sur le plan de la théorie du droit, la problématique de la nature (formelle ou argumentative ?) de la logique juridique. La troisième porte la question de la précompréhension au niveau ultime de la philosophie du droit, partagée, depuis Aristote jusqu'à Kelsen, entre les approches iuspositivistes et iusnaturalistes.

Notre recherche, limitée à ces trois séries d'études, s'inscrit par ailleurs dans un cadre géographique et historique précis. Elle entend d'abord s'en tenir au droit occidental, essentiellement le droit continental d'origine romano-canonique. Quelques allusions seront faites, mais sans souci de systématisme, à l'univers du droit anglo-saxon (1). D'autre part, exceptée l'étude de la philosophie du droit d'Aristote, nos investigations se concentrent sur la pensée juridique moderne qui se développe dans nos régions depuis le XVIème siècle. Même au sein de cette séquence historique, notre champ d'étude se limite, pour l'essentiel, aux XIXème et XXème siècles.

(1) Dans le cadre d'une recherche collective, menée pour l'UNESCO, nous étudions le transfert des connaissances juridiques. Cette étude doit aboutir, d'une part, à réfléchir la progressive diffusion universelle de la rationalité juridique occidentale (ceci sans nier des phénomènes plus restreints de transfert des modèles juridiques, tel celui du droit islamique dans certains pays africains) et devrait permettre, d'autre part, de jeter quelque lumière sur des rationalités juridiques alternatives (cf. Les Chemins du Savoir, Paris, Unesco, à paraître).

II. La THESE soutenue par notre étude est que la pré-compréhension qui structure le discours juridique, aussi polyvalente et évolutive soit-elle par ailleurs, présente un trait à la fois dominant et récurrent que nous qualifions de "dérive mythologique".

Pour faire bref, nous dirons que la rationalité juridique nous paraît logicienne et fantasmagorique, productrice d'un discours cohérent et clôturé, non pas à raison de quelque performance technique mais en mesure même de son inscription dans un univers surdéterminé par le désir et la croyance, l'univers du mythe.

Cette proposition demande quelques explications.

Et d'abord pourquoi parler de "dérive" mythologique ? Il nous a paru préférable d'évoquer le phénomène d'inhérence du juridique à l'ordre de l'imaginaire sous forme d'une dérive, plutôt que de le présenter comme caractéristique de l'essence ou de la nature de la rationalité juridique. Parler d'essence ou de nature, c'est non seulement prononcer un jugement sans appel, mais encore prétendre détenir la vérité dernière du droit. Renonçant à toute prétention de ce genre, nous nous contentons d'enregistrer une forme de récurrence affectant le discours juridique. Les différents "coups de sonde" opérés révèlent en effet un phénomène de glissement, de dérapage ou de dérive du logos juridique en direction d'un fondement assuré, d'un ancrage dans le socle stable de l'idéal. Comme si, à l'instar des monnaies à l'époque de la convertibilité, la circulation du discours juridique ne se soutenait que de l'assurance de sa correspondance à quelque "étalon-or" incontestable. (2)

(2) On sait que J.M. KEYNES a été l'un des partisans les plus décidés de l'abandon de l'étalon-or; il est intéressant de noter que, pour fustiger la position classique qui reste attachée à cette convertibilité, l'économiste anglais n'hésite pas à pénétrer dans l'univers du mythe; la position classique sacrifie, selon lui, à "l'idole dorée", "au rêve séculaire", à la "relique barbare" et Keynes de conclure : cette position "cherche à se draper dans les plis d'une respectabilité aussi épaisse que la respectabilité la plus épaisse qu'on ait vu jusqu'ici, y compris dans les domaines du sexe et de la religion". (Essais sur la monnaie et l'économie, Paris, 1971; pp. 105, 80 et 81).

Sans nous prononcer sur la nature ultime du juridique, si tant est que cette tentative ait un sens et soit possible, nous observons une forme de destin occidental de la rationalité juridique. En ce sens, notre démarche présente quelque rapport avec la démarche de Heidegger qui a si bien dénoncé la cristallisation dogmatique qui, depuis Socrate, affecte la métaphysique occidentale; oublieuse de la différence originelle, cette métaphysique n'a eu de cesse que de s'assurer le fondement solide de l'étant et d'en appeler à la garantie de la vérité conçue comme adéquation entre monde et logos.

Même présentée de la sorte, notre démarche pourrait heurter la sensibilité théorique contemporaine très peu encline à accepter l'idée d'un invariant qui traverserait l'histoire de la pensée ou du droit. Aussi ne parlons-nous pas d'invariant mais de récurrence. Si cette terminologie nous garde de toute tentation "essentialiste", elle nous empêche, par ailleurs, d'avaliser comme telles les innombrables "coupures historiques" que l'on se plaît aujourd'hui à dégager en toute occasion. Pour ce qui est de l'histoire de la rationalité juridique, nous serons ainsi amenés, à plus d'une reprise, à relativiser les effets de la prétendue grande coupure qu'aurait réalisée la révolution française de 1789. Ce n'est pas dire pour autant que la dérive mythologique, apparaissant de manière récurrente au creux des discours et des institutions juridiques, se présente toujours avec les mêmes traits ou la même intensité. Le phénomène présente en effet d'infinies variations qu'une analyse historique attentive se doit de mettre en lumière. Dans cet ordre de considérations, on peut admettre, à titre d'hypothèse de travail, l'idée d'une rationalisation progressive des modes d'échanges sociaux, à mesure que déclinent les codes symboliques et axiologiques explicites.

S'il paraît évident que la pensée juridique est marquée aujourd'hui par cette anesthésie progressive du symbolique, nous nous attacherons cependant à montrer qu'un tel désinvestissement n'implique pas pour autant l'abandon de l'enjeu pulsionnel engagé, qui d'ailleurs peut toujours réapparaître de manière inattendue, ravageante et pathologique.

Le concept de dérive ainsi précisé, venons-en à celui de mytho-logique. Concept paradoxal puisqu'aussi bien il prétend réunir en un terme, muthos et logos, imagination et entendement, représentation et concept. Alors que le geste rationaliste de toute la pensée occidentale visé à exorciser le mythe et à gagner la pureté de la raison sur la primitivité de la fable, nous proposons, au contraire, une réflexion qui postule l'inéluctable entrelacement des deux sphères. Pour préciser cette position, nous distinguerons trois types de relation possible entre mythe et logique.

1. La première relation pourrait s'exprimer dans la terminologie usuelle : "mythologique" sans trait d'union. Est ainsi visé un type de discours présentant des explications du monde, de la condition humaine ou de phénomènes particuliers, sous forme de récits fabuleux peuplés de personnages plus ou moins surnaturels. Appliqué à des thèmes modernes, l'épithète connote une double idée : est mythologique, une représentation imagée, voire folklorique, qui est à la fois largement répandue dans les esprits et accessoire par rapport au discours conscient. En somme, selon cette acception, une représentation mythologique est tolérée, en marge de la pensée "sérieuse", à raison même de son insignifiance. Aucun lien n'est alors envisagé entre les versants rationnel et irrationnel de l'esprit. La logique est sans rapport avec le mythe. Ainsi, en droit, à mesure que de nouvelles rationalisations s'élaborent, qualifiera-t-on de mythes ou de fictions les anciens dispositifs signifiants : l'idée de séparation des pouvoirs, par exemple, est aujourd'hui l'objet d'un tel processus de dévalorisation.

Notre travail, s'il enregistrera parfois des manifestations "mythologiques" de cet ordre, ne pourrait se limiter à cet inventaire de curiosités juridiques; si donc nous travaillerons parfois la relation mytho-logique selon les indications de ce premier sens, nous ne nous y arrêterons pas dans la mesure où une telle entreprise risquerait de conforter la bonne assurance de la dogmatique juridique, alors même qu'il faut précisément montrer le jeu du mythe sur son terrain. Il nous faut donc progresser et envisager un rapport plus intime entre l'ordre des raisons et celui de l'imaginaire.

2. La seconde relation mythe-logique procède de la démarche rationaliste qui prétend récuser l'univers mythique. Ici est mis en place un rapport plus profond entre pensée consciente et mythe. L'idée est que le mythe subvertit de l'intérieur les ratiocinations les mieux établies. Il doit être débusqué sous toutes les formes - métaphysique, religieuse, politique - qu'il prend pour ravalier au rang d'illusions les constructions les mieux assurées de leur logique. Selon cette acception, est mythologique une pensée qui s'abuse, qui s'illusionne : qui croit faire oeuvre scientifique alors qu'elle affabule. L'accent est ainsi mis sur la prétention ou la conscience fautive : est mythologique la pensée juridique qui, par exemple, prétend à la positivité alors qu'elle restaure une légitimation méta-positive.

Cette prétention qui, dans un sens, procède de l'Aufklärung, a été largement répandue par le biais du concept marxien d'"idéologie" qui a permis, avec une efficacité sans pareille, d'analyser les productions théoriques classiques comme illusoire rationalisations conditionnées par un ordre de réalité dont elles ne peuvent rendre compte.

Par rapport au premier sens de mythologique, cette seconde acception est plus raffinée : elle implique un travail critique, interne aux pensées discutées, cependant elle ne se détache pas entièrement de l'implicite qui travaille le premier sens : l'idée que la pensée rationnelle peut s'affranchir du mythe. Sans doute pas les pensées convaincues d'illusion et d'erreur ou celles qui s'avouent ouvertement métaphysiques, mais "une" pensée rationnelle possible, celle qui s'entend précisément à rendre compte de l'ordre de réalité posé comme déterminant en dernière instance : le mode de production dans la terminologie marxienne, le dispositif pulsionnel dans une certaine psychanalyse opérationnelle.

Si, à bien des égards, notre travail s'apparente à cette démarche en ce qu'il procède d'une interrogation critique des représentations juridiques pour mettre à nu la fragilité de leur assurance logicienne, il se démarque néanmoins de cette seconde acception sur un point capital : il ne prétend pas découvrir un domaine entièrement révélant dont une théorie complètement rationnelle pourrait rendre compte. Cette prétention, qui soutient les théories de la "conscience fausse", conduit à un retournement qui pourrait bien déboucher sur quelque "conscience vraie" et de nouvelles mythologies corrélatives (3). La problématique rebondit et il nous faut pousser plus loin encore l'élaboration du rapport mythologique.

3. La troisième acception du concept de mythologique - qui s'écrit alors mytho-logique - s'inscrit dans la brèche ouverte par la citation de M. Ricoeur proposée en exergue de ce travail.

(3) Cf. J. BOUVRESSE qui reproche à la philosophie d'être hantée par "deux mythes solidaires et symétriques, celui de la fondation et celui de la destruction, qui relèvent tous les deux d'une obsession caractéristique : celle de l'explication radicale," (Wittgenstein : la rime et la raison, Paris, 1973, p. 172.)

Elle prend acte de l'inhérence de l'ordre logique à l'ordre imaginaire; elle pointe vers ce lieu, opérant au principe de la cristallisation dogmatique, où le rationnel communique au mythique; elle désigne la clôture de la pensée à raison de son inscription dans un horizon surdéterminé de croyance. Une telle croyance, réservoir de significations sacralisées, produit le discours clôturé : le dogme et, dans les meilleurs des cas, l'idéal. Cet univers du fantasme, vers lequel dérivent les rationalisations juridiques, a pour effet de réduire la pertinence des classifications acquises qui scandent la pensée juridique : logique formelle ou non formelle, philosophie iuspositiviste ou iusnaturaliste. Il dégagne des implicites communs aux positions apparemment les plus antinomiques, voire même des permutations de position; au regard du fondement surdéterminé auquel tendent, pour assurer la validité de l'ordre juridique et légitimer l'obéissance à son prescrit, les diverses versions de la pensée du droit, il n'est plus de classification établie qui tienne : ainsi le iusnaturaliste Aristote s'avère-t-il en définitive moins directement dogmatique que le positiviste Kelsen. D'où l'intérêt de son étude, alors qu'à nous en tenir à la seconde acception du concept de mythe-logique, la lecture de la pensée juridique d'un Aristote ou d'un Kant, par exemple, ne présenterait guère d'utilité à raison même de leur caractère métaphysique avoué.

Où l'on voit que la pensée du rapport mythe-logique, d'abord conçue en termes de juxtaposition (sens premier), puis en termes d'inhérence provisoire qui se résoud par le triomphe du rationnel (sens second), est enfin présentée comme inhérence récurrente, dérive sans véritable terme. S'opère ainsi une certaine réhabilitation de l'ordre mythique, non pour le charger des affects de la croyance, ce qui ne manquerait pas de traduire une adhésion naïve ou dogmatique, mais pour prendre bonne mesure de son efficace réelle dans les représentations qui structurent la pensée juridique, ce qui, pourrait-on dire, mène à une adhésion seconde ou critique.

Le style de notre démarche procède ainsi d'un triple mouvement : recueil des productions mythologiques, distanciation critique, adhésion seconde; seule cette dialectique, sans Aufhebung ni Savoir Absolu, est en mesure de donner sa portée effective à l'échange de significations qui s'opère, dans la pensée juridique, entre rationalisations logiques et fascinations fantastiques.

III. Nos développements s'articulent selon un PLAN divisé en trois parties.

La première - Fonction de juger et rationalité mythologique - entend dégager les lignes maîtresses de la précompréhension qui oriente la démarche du juge. Cette analyse se développe tant au niveau des contraintes institutionnelles qui déterminent cette démarche (titre I), qu'au plan de la méthode herméneutique mise en oeuvre (titre II). Cette étude fait apparaître qu'à l'organisation unitaire, centralisée et hiérarchisée de la fonction de juger répond une perception unifiante, systématisante et intégratrice du juridique appliqué et du "réel" traité. Sans prétendre respecter rigoureusement les canons de la logique formelle, le juge fait "comme si" le droit était cohérent, transparent et non lacunaire, "comme s'il" était possible d'en faire une application simplement syllogistique.

Une seconde partie - Logique juridique et rationalité mythologique - poursuit l'étude de cette problématique, à un plan plus théorique cette fois. Prenant acte du débat récurrent qui oppose les tenants d'une logique formelle aux partisans d'une logique non formelle, dite encore logique du raisonnable ou logique de l'argumentation, nous tenterons de désigner le non-dit qui rapproche implicitement les positions en présence dans une commune occultation des déterminants réels du raisonnement judiciaire (titre I).

Nous qualifierons ce non-dit, d'idéal logicien : valeur ou argument, certes, mais argument logicien, réduction monologique. Articulation du mytique et du logique qu'éclaircent certains premiers enseignements de la théorie freudienne, que confirme l'histoire de la pensée juridique et que renforce la confrontation du thème mythologique aux concepts d'imaginaire et d'idéologie (titre II).

La thèse de la dérive mythologique affectant la rationalité juridique, ainsi mise en place, demande à être davantage approfondie. C'est l'objet de la troisième partie - Philosophie du droit et rationalité mythologique - qui, après avoir élaboré de nouveaux instruments d'analyse (titre I), s'attache à parcourir le champ de la philosophie du droit que définit la bipolarité illustrée ici respectivement par les pensées d'Aristote et de Kelsen, le modèle kantien étant succinctement présenté comme moment de transition (titre II). C'est à ce niveau méta-juridique que devrait se dégager, de la manière la plus ferme, l'implicite mythologique qui gomme les antagonismes apparents et reconduit la tâche récurrente d'une pensée juridique qui s'emploie, en son style tautologique, à garantir l'intelligibilité de la norme et lui assurer validité et obéissance.

Il faut se représenter ces trois développements comme trois cercles concentriques dont le centre est occupé par le thème mythologique; ou, mieux encore, il faut envisager un enchaînement selon un mouvement de spirale : en périphérie on trouve le cercle le plus large, celui du raisonnement mis en oeuvre dans la pratique juridique, qui est à la fois le plus répandu et celui qui traduit le fonctionnement le plus diffus et implicite du thème mythologique; on passe ensuite, suivant le mouvement de spirale, au cercle déjà plus restreint du raisonnement théorique relatif à la logique juridique, pour aboutir enfin au cercle réduit de la philosophie du droit qui, plus proche du centre mythologique, en livre une meilleure traduction tout en opérant aussi, à raison de cette proximité, le refoulement le plus brutal.

Adaptée à la différence d'objets que met en lumière ce parcours, notre étude, à son tour, en propose une approche différenciée que soulignent les sous-titres de chacune de nos parties : la première se conçoit comme annonce du thème mythologique : les éléments sont mis en place sans être autrement éclairés, la deuxième partie réalise l'approche de ce thème, dont, enfin, la troisième partie fournit l'analyse.

Ceci explique la récurrence de certains thèmes, comme celui du rapport du juge à la loi, qui sont repris à chacun des niveaux d'analyse sous des angles à la fois spécifiques et complémentaires; ainsi, moyennant les médiations nécessaires et sur fond de la problématique mythologique, l'enseignement d'un Aristote ou d'un Kelsen peut-il s'avérer éclairant sur ces questions, tandis que, inversement, leurs constructions prennent un nouveau relief d'être confrontées aux exigences pratiques qu'elles visent. C'est précisément un des objets de la présente thèse que de souligner l'interaction de "représentations spontanées" que véhicule la pratique juridique et de discours philosophiques plus élaborés.

Par ailleurs, le mouvement théorique en spirale, qui anime nos développements, explique aussi l'usage récurrent que nous faisons de certains outils d'analyse comme l'épistémologie et la théorie freudienne. Ainsi, en ce qui concerne cette dernière, nous suggérerons, dès la première partie, certaines interprétations analytiques des phénomènes relevés : nous dirons que la logique identitaire mise en oeuvre par le juge n'est pas tant de nature technique que fantasmatique; reprise dans la deuxième partie, cette conclusion sera rapportée aux écrits que Freud a consacrés à l'analyse des institutions et des phénomènes de psychologie collective; nous dégagerons, dans cette voie, l'efficace d'un amour du pouvoir opérant identification des personnes et homogénéisation des discours; enfin, la même logique identitaire, à la fois ébranlée et reproduite dans les philosophies du droit que nous analyserons dans la troisième partie, sera rapportée aux thèses freudiennes relatives à la psychologie individuelle :

nous verrons comment, dans la constitution de la personnalité et l'accès au langage qui la caractérise, se joue la possibilité d'assumer la négativité et nous interpréterons la tendance monologique du discours des juristes comme manifestation de la peur du vide que sa reconnaissance implique - angoisse à laquelle M. Ricoeur faisait allusion dans l'exergue et que vient précisément combler la figure rassurante de la Loi ou de son héraut mis alors en position de toute-puissance.

Nous espérons ainsi, par touches rapportées et approfondissements successifs, laisser se dire quelque chose de ce noyau mytho-logique dont l'action magnétisante nous a paru polariser le champ du discours juridique.

IV. La METHODE mise en oeuvre dans ce travail est double.

Les analyses de la première partie relèvent d'une perspective interne à l'objet étudié, perspective de la théorie générale du droit. Dans cette optique, les problématiques sont traitées selon une présentation et un questionnement à caractère juridique. Le matériau ainsi mis en place doit cependant, à peine de se reposer sur lui-même et de donner prise à des explications ou légitimations dogmatiques, être interrogé ensuite dans une perspective externe, ce qui d'ailleurs répond à une nécessité inhérente à la théorie générale du droit elle-même qui, à peine de s'abuser, doit reconnaître qu'elle s'adosse à des choix scientifiques et philosophiques préalables.

En ce qui concerne l'éclairage externe auquel il sera fait appel, il est essentiellement d'ordre philosophique; dans la mesure, cependant, où un certain nombre de discours s'autonomisent par rapport à la philosophie et gagnent un statut de (relative) scientificité - ainsi en est-il, par exemple, de la linguistique, de la psychologie, de la sociologie - nous devons qualifier notre pratique théorique, qui se base notamment sur l'épistémologie et la théorie freudienne, de pratique interdisciplinaire (4).

(4) Sur la nécessité, les enjeux et les pièges d'une telle recherche interdisciplinaire appliquée au phénomène juridique, cf. l'éditorial du premier numéro (1978, 1) de la Revue interdisciplinaire d'études juridiques.

Si une telle interdisciplinarité présente une difficulté supplémentaire pour notre travail en raison de la pluralité des langages qu'elle introduit, elle nous paraît cependant constituer une voie d'analyse obligée si l'on veut éviter de sacrifier au nouveau dogmatisme qui menace toute discipline qui se voudrait totalement explicative et parfaitement autonome. Le dialogue interdisciplinaire que nous tenterons d'instaurer à propos de notre problématique centrale (pourquoi le discours juridique a-t-il tendance à se clôturer ?) devrait avoir pour effet de surmonter les barrières que les disciplines mises en oeuvre tentent d'instaurer; cet échange devrait permettre la vérification et la modalisation de leurs approches respectives en leur restituant ainsi la profondeur d'un questionnement proprement philosophique.

Il ne faut pas se cacher cependant qu'à son tour le questionnement philosophique peut se muer en exercice dogmatique - ce sera même une de nos tâches que de le montrer à propos de la philosophie du droit. Aussi nous faut-il préciser un choix ultime qui pourrait bien répondre à la question posée par M. Barthes de savoir s'il existe "un mythe du mythologue" (5).

Nous répondrons par l'affirmative à cette question et inscrirons notre démarche dans l'espace que dessine le parcours de Sisyphe. Sisyphe, symbole de la tâche toujours recommencée, n'est-il pas le modèle de l'humaine condition et, dans la mesure où celle-ci aboutit à la conscience d'elle-même, le symbole de la pensée philosophique que la réfléchit ? Le philosophe, qui est la conscience de Sisyphe, sait que l'objet de nos possessions matérielles, intellectuelles et affectives nous échappe toujours de quelque façon et que nous ne le gagnons qu'à toujours le poursuivre, sans pour autant prétendre le posséder jamais.

(5) R. BARTHES, Mythologies, Paris, 1970, p. 10.

Le mouvement de Sisyphe descendant la montagne les mains vides, c'est proprement le mouvement de la négativité, que redécouvre la théorie freudienne; c'est l'espace blanc qui permet l'accès au langage, la différence qui conditionne la reconnaissance de l'autre comme autre. Sur le plan de la connaissance, le retrait de Sisyphe, c'est le doute qui désigne les obstacles épistémologiques et engage l'élaboration de schémas nouveaux; sur le plan de l'action collective, le retournement de Sisyphe, c'est la mise en place de contre-pouvoirs, le jeu démocratique; sur le plan de l'espérance, la conversion de Sisyphe, c'est, dans le renoncement même aux certitudes canoniques, l'effectuation de la Parole (6).

Ainsi le mythe de Sisyphe concerne-t-il notre entreprise à plus d'un titre.

D'emblée il annonce l'écart entre nos objectifs et leur réalisation et invite le lecteur à désigner à son tour les retombées dogmatiques qui affectent nos analyses.

Il indique par ailleurs la ligne exacte que nous entendons suivre : ligne de crête où s'opère la prise de conscience de la béance qui supporte nos paroles et nos oeuvres. En cette frontière s'observe le geste de clôture du discours juridique et politique au moment où il prétend s'assurer la possession définitive de son objet "comme si" le sol qui le supporte ne s'était toujours déjà dérobé.

La présentation de notre travail ne serait pas complète si n'était exprimée notre gratitude à l'égard de ceux qui en ont fécondé la réalisation. Faute de pouvoir citer ici tous ceux qui, à des titres divers, ont inspiré nos réflexions, nous nous limiterons à témoigner notre reconnaissance à l'égard de MM. Berten, Raucant, Rigaux et van de Kerchove qui, de bout en bout, ont soutenu notre effort et l'ont éclairé de leurs judicieux conseils.

(6) Cf. J. LADRIERE, "La foi n'est pas une sorte de vision saturante, elle est ouverte sur un horizon eschatologique, elle est soudée à l'espérance" (L'articulation du sens, Paris, 1970, p. 239). Il nous faudra, dans le cours de ce travail, repérer très souvent la parenté entre pensée juridique et référence religieuse conçue comme "vision saturante."

PREMIERE PARTIE

FONCTION DE JUGER ET

RATIONALITE MYTHO-LOGIQUE

Annonce de la mytho-logique juridique

TITRE I

L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET L'IMAGE DU JUGE CONFORME

(Jacques Lenoble)

INTRODUCTION.

L'enjeu de ce titre premier est de tenter de déchiffrer le mode de fonctionnement du discours juridique qui à la fois se dégage et se trouve fécondé par l'organisation de la fonction de juger propre à notre système juridique.

L'objet ainsi fixé fait apparaître les liens étroits qui le lient à celui du titre suivant, à savoir à la question de l'herméneutique juridique : c'est qu'en effet ce qui se joue dans l'exercice de la fonction de juger, c'est le rapport du juge à la norme. Ce qui se trouve, cependant, ici interrogé n'est point l'horizon dans lequel se profilent les techniques propres à l'herméneutique juridique, mais bien plutôt le cadre institutionnel en lequel s'exerce la fonction de juger. Ce cadre n'est pas neutre : non seulement il traduit, en déterminant qui peut parler, de quoi et comment, l'image que l'on se fait de la fonction de juger, mais bien plus il configure, par référence à cette image, l'exercice de cette fonction. Quelle est cette image et, plus précisément, quels en sont les présupposés, telle est la question ici posée. Ces présupposés, joints à ceux qui seront dégagés au terme de l'étude du modèle herméneutique au sens strict, nous permettrons de repérer le caractère mythologique de la rationalité juridique.

L'organisation juridictionnelle ne sera point, évidemment, analysée ici dans l'ensemble de ses dimensions. Par ailleurs, le terme a été pris dans un sens large : il vise la dimension institutionnelle de la fonction de juger et couvre par là les questions tant d'organisation que de compétence. Deux niveaux de l'organisation de la fonction de juger seront plus spécialement interrogés : dans un premier chapitre nous tenterons de dégager le modèle théorique qui est à la base d'une telle organisation et la signification qu'il faut lui reconnaître; dans un second chapitre cette même organisation sera réfléchie par le biais des déterminations qu'elle opère sur l'opération centrale de tout jugement, l'opération de qualification.

Signalons enfin qu'à chacun de ces deux niveaux, ainsi que l'indique d'ailleurs l'intitulé des chapitres I et II, notre réflexion prendra pour cadre privilégié la fonction exercée, au sein de notre ensemble institutionnel, par la Cour de cassation.

CHAPITRE I : DE LA COUR DE CASSATION : DE L'UNITE DU JURIDIQUE AU
PRESUPPOSE DE L'UNIVOCITE DE SON LANGAGE.

Le professeur J. Ladrière, dans son remarquable travail sur "l'articulation du sens", fait remarquer que l'analyse comparée qui rend compte de la science, de la philosophie et de la foi en termes de "conflit de mentalités" n'est généralement que l'expression du présupposé d'un "conflit entre des modes de connaissance", lui-même traduction d'une confusion méthodologique. C'est qu'en effet, constate-t-il, une telle analyse et, donc, un tel présupposé procèdent très souvent "d'un souci trop précipité d'unité et de synthèse soit que l'on croie pouvoir extrapoler à toute l'expérience les méthodes et les concepts qui valent pour un de ses secteurs, soit que l'on croie pouvoir ramener à l'unité d'une vision tous les ordres de vérité". Et de continuer, "il y a un souci de la synthèse qui est légitime et fécond, mais nous découvrons peu à peu que la synthèse n'est peut-être pas de l'ordre de la représentation, qu'elle est de nature eschatologique et par conséquent objet d'espérance, non de démonstration. Le chemin de la synthèse passe par la reconnaissance de la pluralité des ordres" (1).

Pour deux raisons cette constatation peut être valablement rapportée à l'expérience juridique. La première, sur laquelle nous reviendrons ci-dessous (cf. 2^e partie chapitre II), est relative aux nécessité et possibilité affirmées, par de nombreux auteurs, mais dénoncées, semble-t-il, définitivement par, notamment, M.C. Perelman, d'étendre au langage juridique la méthodologie éprouvée dans la construction des systèmes formalisés. La seconde est que la distinction qui y est opérée entre unité posée parce que désirée et unité finale en éventuel cheminement vise adéquatement le cadre de fonctionnement de notre discours juridique. Ce cadre, en effet, à différents niveaux

(1) J. LADRIERE, L'articulation du sens. Discours scientifique et parole de la foi, Paris, 1970, p.162.

porte les traces d'une unité affirmée. Cet assujettissement à la symbolique de l'unité, explicitement revendiquée d'ailleurs par les juristes, traduit divers effets où se dénote l'idéal logicien auquel répond notre organisation institutionnelle de la fonction de juger. C'est cette prégnance de l'idée d'unité et ce qu'elle traduit que nous voudrions ici montrer. Comme on l'a déjà signalé, notre propos ne se prétend point exhaustif. Seuls quelques traits marquants de notre organisation institutionnelle seront ici mis en exergue. Parmi ceux-ci, le plus expressif est, par évidence, l'existence d'une Cour de cassation dont la fonction principale est définie dans sa finalité par l'idée d'unité. Ceci justifie que nous la prenions pour base principale des réflexions qui suivent. Dans une première section, nous retracerons, pour tenter d'en évaluer la portée, l'historique de l'instauration de cette Cour dans notre ordre juridique, en remontant donc au droit révolutionnaire; ensuite, dans une seconde section, nous nous efforcerons d'approcher de manière plus globale les manifestations de cette idée d'unité et leurs incidences sur le rapport du juge à la norme.

Section 1. Du Tribunal de cassation à la Cour de cassation : de la portée des transformations révolutionnaires de l'organisation de la fonction de juger.

L'intérêt du "détour" historique n'est pas archéologique. Il est au contraire de permettre la mise en place d'une hypothèse de lecture de la structuration propre à notre discours juridique, hypothèse qui se retrouvera aux divers plans d'analyse de ce même discours dans le présent travail. Cette hypothèse peut en effet être dégagée par confrontation avec la manière dont la doctrine rend généralement compte de la fixation par la législation révolutionnaire, au sortir de l'Ancien Régime, de l'appareil judiciaire moderne, cadre où, comme l'indique très justement M.C. Cambier, "nos institutions de jugement se meuvent encore" (2).

(2) C. CAMBIER, Droit judiciaire civil, t.I, Fonction et organisation judiciaires, Bruxelles, 1974, p.29.

Généralement, l'oeuvre du législateur révolutionnaire est considérée, tant par rapport à ce qui la précédait que par rapport à ce qui la suivra, comme signe de rupture : par là sa signification est en quelque sorte neutralisée. Aussi bien sa conception de la méthode judiciaire que la traduction institutionnelle de celle-ci dans le couple référé législatif - tribunal de cassation marqueraient l'émergence d'une lecture de la fonction de juger qui, tout en rompant avec la pratique juridictionnelle de l'Ancien Régime, traduirait un idéal chimérique : la logique identitaire dans laquelle le constituant de 1789 voulait enfermer l'opération du juge se serait révélée inadéquate à rendre compte de cette opération. La suppression du référé législatif au profit de la reconnaissance du pouvoir d'interprétation de la norme légale aux Cours et tribunaux en serait la manifestation. Une telle lecture des mutations intervenues à cette époque dans l'organisation de la fonction de juger, malgré sa pertinence sur bien des points, doit cependant être nuancée. C'est qu'au-delà des prétendues ruptures existent des liens de continuité qui sont à trouver dans l'inféodation de plus en plus marquée du discours juridique à un idéal logicien pensé et vécu, aux périodes pré- et post-révolutionnaires, sur le mode du "comme si".

La conception révolutionnaire qui présidera à l'organisation de la fonction de juger en 1789 n'apparaîtra pas ainsi comme entachée de l'illusion irréalisable d'empêcher le juge d'exercer un pouvoir créateur qui était le sien sous l'Ancien Régime, pouvoir que la législation post-révolutionnaire ne pourra s'empêcher de lui reconnaître à nouveau; de manière plus nuancée cette conception apparaîtra comme reprenant à son compte pour le formaliser un idéal dogmatique qui trouvera dans les mutations institutionnelles du début du 19^e siècle une assise de plus en plus affirmée.

§1. Annotations sur la fonction de juger sous l'Ancien Régime.

Sans rentrer dans des développements exhaustifs, qui excéderaient notre objet, sur la méthode judiciaire sous l'Ancien Régime, il nous suffit ici de reprendre les excellents enseignements que

nous fournit sur cette question le professeur P. Godding (3). Deux périodes, constate l'auteur, sont à distinguer : la période médiévale et celle des Temps Modernes. La première est marquée, dès la fin du 11^e siècle, par la découverte de la codification de Justinien et, conséquemment, par le renouveau, au départ de l'Italie du Nord, du droit romain et la renaissance d'une science du droit. Des juristes universitaires vont se former, et, avec eux, va s'élaborer une théorie de l'interprétation et, par là même, des pouvoirs du juge, théorie qui repose sur la perfection technique du Corpus Iuris Civilis par rapport à la coutume et au droit écrit naissant. La théorie dominante du 12^e siècle au 14^e siècle, celle de l'Ecole des Glossateurs, érigea en principe premier celui de la légalité : "les rapports sociaux ne peuvent être définis qu'à partir de normes en vigueur" (4). Comme le signale M.P. Godding, "le postulat de base est que celles-ci peuvent toutes être découvertes, du moins quant aux principes mis en oeuvre, dans le Corpus de Justinien, ensemble de règles nécessairement rationnelles et fondées sur l'équité. Ce postulat en appelle un second : celui de l'harmonie interne de cette codification" (5). Si le principe de l'équité permet de modaliser l'interprétation du juge, c'est cependant moyennant une distinction

(3) P. GODDING, "L'interprétation de la "loi" dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays-Bas Méridionaux", in L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, p.443 et sv.; "Jurisprudence et motivation des sentences du Moyen-Age à la fin du 18^e siècle", in La motivation des décisions de Justice, Travaux du Centre National de Recherche de logique, Bruxelles, 1978, p.37 et sv.; voy. aussi, outre la bibliographie citée par l'auteur dans les deux articles précités, J.P. DAWSON, The oracles of the law, Ann Arbor, The University of Michigan Law School, 1968, passim.

(4) P. GODDING, "L'interprétation de la "loi" dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays-Bas Méridionaux", loc.cit., p.445.

(5) ibidem, pp.445-446.

entre l'aequitas scripta et l'aequitas non scripta, distinction au terme de laquelle se trouve réaffirmé l'assujettissement au Texte : "l'interprète doit recourir à l'aequitas scripta, aux principes d'équité déjà incorporés aux lois; il pourra par ce moyen corriger éventuellement la loi en ce que son application heurterait l'équité. Mais, seul le prince peut interpréter l'aequitas non scripta et la traduire en règle de droit positif..." (6). Cette soumission de l'interprète à l'aequitas scripta explique la faveur, à titre de méthode d'interprétation, d'une méthode exégétique ou grammaticale. Et notre auteur d'énoncer les règles développées par les légistes de l'époque, règles qui préfigurent leur assujettissement au postulat de rationalité du législateur que nous montrerons à la base de notre herméneutique juridique contemporaine : s'il faut s'attacher à dégager la ratio legis, sans s'en tenir aux termes de cette loi, cette ratio ne peut "être perçue indépendamment des termes dans lesquels le législateur s'est exprimé. Ces termes sont en effet l'expression d'une volonté rationnelle tendant à un but déterminé; ils doivent donc être interprétés de telle manière qu'ils ne paraissent pas avoir été utilisés sans raison..." (7).

Enfin, dans la ligne de ces principes, les légistes enjoignaient d'interpréter le ius proprium (coutumes et statuts locaux) à la lumière du ius commune, c'est-à-dire le droit romain. Avec les Post-Glossateurs (école dominante dans le droit savant médiéval du 14^e au 16^e siècle), les principes s'assouplissent quelque peu sans, cependant, sortir du même horizon : une plus grande liberté à l'égard des textes du Corpus est pronée au profit de la détermination d'une intention du législateur définie, en cas de défaut du droit écrit, et même éventuellement outre le sens propre des termes de la norme, par la seule raison. Par ailleurs, grâce aux ressources de la dialectique et de la casuistique, la ratio legis est censée gouverner toutes les situations non seulement identiques mais aussi semblables. S'affirme ainsi progressivement, avec les principes privilégiant le Texte et l'assujettissement de l'interprète à la rationalité supposée

(6) ibidem, pp.447-448.

(7) ibidem, p.449.

de son auteur, l'autorité des docteurs de la loi : comme le signale M.P. Godding : "sans doute, certains auteurs incitent le juge à ne pas accepter aveuglément cette communis opinio doctorum, mais en fait, celle-ci s'impose généralement" (8). Ces principes trouveront à s'affirmer de plus en plus, l'affermissement du pouvoir central entraînant dès la fin du Moyen-Age la constitution de Cours Supérieures de Justice où siègent des légistes de formation universitaire(9). Cette influence de la doctrine du droit savant médiéval se révèle même dans la doctrine des légistes de nos régions de droit coutumier.

La période des Temps Modernes ne se marque pas, dans nos régions à tout le moins, par une rupture d'avec les principes du droit savant médiéval : c'est au contraire la persistance de celle-ci, surtout dans les principes qui guident le déchiffrement du sens du droit local et son rapport au droit commun écrit, que met en lumière M.P. Godding (10). Au reste, le courant de l'humanisme juridique inauguré en France avec la publication en 1508 des Annotations in Pandectas de G. Budé ne fait que restaurer sous une autre forme l'horizon logicien mis en place par la scholastique médiévale. M.J.H. Franklin (11) a bien montré en effet que le discrédit apporté par les philologistes à la méthode scholastique dans le traitement

(8) ibidem, p.457.

(9) Voy. sur ceci P. GODDING, "Jurisprudence et motivation des sentences du Moyen-Age à la fin du 18^e siècle", loc.cit., pp.42-43, et la bibliographie citée.

(10) P. GODDING, "L'interprétation de la "loi"...", loc.cit., pp. 464-472; notons aussi avec le même auteur et avec M.J. GILISSEN ("Le problème des lacunes en droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne, (Travaux du Centre national de Recherche de logique), Le problème des lacunes en droit, Bruxelles, 1968, p. 220), l'accroissement dès le 16^e siècle de la production normative écrite.

(11) J.H. FRANKLIN, Jean Bodin and the sixteenth century revolution in the methodology of law and history, New-York-London, 1963, passim.

du droit romain et aux prémisses logiciennes du mos italicus débouche sur un mouvement à vocation universaliste qui, à travers celui des systématistes développant un idéal "which rejected casuistic exegesis in favor, of "methodical" or systematic exposition"(12), propose un traitement du corpus juridique inféodé aux idéaux rationalistes de l'époque.

Ces quelques notations sur les schèmes interprétatifs propres à la pensée juridique prérévolutionnaire ont pour seule portée de nuancer les présentations par trop réductrices de cette même pensée. On ne peut ainsi qu'être prudent à l'égard des affirmations de M.Y.L. Hufteau qui présente l'opération de juger sous l'Ancien Régime comme mise en application adéquate des définitions qu'en ont donné Aristote et Saint-Thomas aux termes desquelles le jugement est détermination du juste. Selon cet auteur, l'acte juridictionnel, tout entier polarisé par l'équité, traduirait une liberté du juge qui s'expliciterait dans le caractère purement instrumental des sources du droit (13). Si l'auteur concède que dès le 17^e siècle le légalisme, sous la poussée de juristes comme Domat et puis plus tard Daguesseau, tend à s'imposer, c'est cependant pour réaffirmer in fine que les rappels doctrinaux ou législatifs de la nécessaire obéissance à la loi signifient par eux-mêmes la méconnaissance en pratique du dogme légaliste et, au contraire, traduisent la prégnance sur le raisonnement judiciaire de l'idée d'équité. Une telle conception, assurément exacte pour partie, paraît cependant méconnaître non seulement les quelques principes ci-avant énoncés mais aussi, à leur suite, le fait que la référence au droit naturel sous-jacente à l'idée d'équité s'ancre, dès le 16^e siècle, dans une lecture rationaliste et universaliste du phénomène juridique qui instaure les idéaux logiciens concomittants au droit naturel conçu comme ensemble de principes définis de manière immuable et universelle par la Raison. M.Y.L. Hufteau (14) le relève d'ailleurs incidemment mais sans en

(12) J.H. FRANKLIN, op.cit., p.28.

(13) J.L. HUFTEAU, Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi, Paris, 1965, p.20.

(14) ibidem, p.18.

tirer les conséquences lorsqu'il constate, reprenant là l'enseignement du Professeur M. Villey, que la définition donnée du droit naturel et conséquemment de l'équité par Connan, le systématiste bien connu du 17^e siècle, ne coïncide pas avec le iusnaturalisme aristotélicien et thomiste (voyez sur le iusnaturalisme aristotélicien et son incidence sur la conception de la fonction de juger, infra 3^e partie, titre II).

S'il importe ainsi de relever la dimension systémique du fonctionnement du corpus juridique au Bas Moyen-Age et aux Temps Modernes, que cette dimension se manifeste dans le centralisme textuel propre à la tradition romano-canonique ou dans celui laïcisé qui s'esquisse dans la théorie du iusnaturalisme rationnel, il ne faut pas pour autant méconnaître les forces centrifuges du système juridictionnel. C'est sur celles-ci notamment que M.C. Cambier met l'accent pour définir ce par rapport à quoi ont entendu réagir les maîtres d'oeuvre révolutionnaires de l'organisation judiciaire contemporaine. Elles tiennent, note cet auteur, tant aux attributs et fonction de la justice qu'aux principes d'organisation de cette dernière. Le droit, d'être de nature principalement coutumière, fait du juge "à la fois, son interprète, son garant et son ordonnateur". De même, "d'être en diverses mains fait que l'autorité s'expose à de constants affrontements et appelle un arbitrage qui devient celui des corps de justice" (15). Par ailleurs, fonctionne un régime de confusion des fonctions qui investit le juge de magistratures non seulement judiciaire mais aussi législative et administrative. Enfin l'organisation juridictionnelle traduit une diversification et une absence de cohésion que ne suffisent pas à contenir les recours organisés (16). L'ensemble de ces facteurs créaient les conditions d'un gouvernement des juges, lesquels trouvaient notamment dans leur compétence d'enregistrement des édits et ordonnances, dans celle de prononcer des arrêts de règlement et enfin dans leur droit de remontrance les instruments juridiques d'un pouvoir de résistance et de frein aux actions et décisions de la puissance gouvernementale.

(15) C. CAMBIER, op.cit., p.30.

(16) ibidem, pp.43 et sv.

C'est précisément, d'ailleurs, contre les conditions de possibilité de ce gouvernement des juges qu'entendra réagir l'assemblée constituante de 1789.

L'aménagement de la fonction de juger propre à l'Ancien Régime apparaît ainsi complexe. Les quelques remarques précédemment esquissées, sans avoir aucunement la prétention d'être exhaustives, permettent à tout le moins de saisir la double dimension qui semble la caractériser : animé par un idéal systémique et logicien fécondé par les traditions romano-canonistes et rationalistes, le discours juridique fonctionne dans un cadre institutionnel qui tend à ne point créer les conditions de réalisation de cet idéal. Tant les conditions de production normative que les conditions d'exercice de la fonction de juger (dispersion des organes, théorie des recours, absence d'obligation de motiver...) paraissent créer les conditions d'un fonctionnement non systémique du discours juridique, et par là, d'un pouvoir créateur des juges dans leur diversité même par rapport à un ensemble normatif donné. Ainsi au cadre interprétatif porteur d'une exigence de centralisme textuel et de la méthode logicienne qui lui est corrélative, correspondait un cadre institutionnel non constitutif d'un rapport d'allégeance du juge à un cadre normatif préétabli et, par là, des conditions d'un discours auto-reproducteur. Le phénomène dit du gouvernement des juges, pour reprendre l'expression consacrée, créait ainsi, par la non-autonomisation de la fonction de juger au sens de statuer par droit et sentence, non seulement les conditions d'un "jeu jurisprudentiel possible", en soi non contradictoire avec un fonctionnement systémique du discours juridique comme nous le verrons ci-dessous, mais surtout les conditions d'un "dire jurisprudentiel" affranchi d'un cadre normatif préétabli. C'est à des effets contraires cependant que tendait l'idéal porté par les mouvements théoriques propres à la science juridique qui s'était

redéveloppée avec la découverte de la codification justinienne (17). C'est dans ce cadre et sur cette base, nous semble-t-il, que peut être qualifiée l'oeuvre du législateur révolutionnaire.

§2. Fonction de juger et idéal logicien à la Révolution française.

S'il est une question sur laquelle l'ensemble de la doctrine, à tout le moins contemporaine, s'accorde, c'est bien celle de la portée de la "rupture" opérée par les révolutionnaires de 1789 quant à l'organisation de la fonction de juger. Celle-ci traduirait l'émergence d'une lecture logicienne de l'acte juridictionnel, lecture cependant constitutive d'une illusion qui serait rapidement désavouée. Réservant pour le paragraphe suivant l'analyse de l'idée de désaveu, attachons-nous quelque peu à l'examen des deux premières idées, à savoir celles d'émergence d'une lecture logicienne et de l'illusion qu'une telle lecture contenait. A cet effet, il importe dans un premier temps de rappeler succinctement les manifestations bien connues de cette organisation révolutionnaire de la fonction de juger. Nous verrons ensuite la portée qu'il y a lieu d'en dégager.

A deux niveaux se manifeste cette organisation institutionnelle nouvelle de l'opération de jugement : au niveau des con-

(17) Il importe de souligner, à titre de précaution, que nous ne prétendons point ici cerner le fonctionnement effectif de l'ensemble de la pratique juridique. Ce serait là faire oeuvre, comme on l'a déjà dit, d'historien du droit et cela n'est point notre projet. Ainsi des nuances seraient à apporter tant au plan du modèle interprétatif de l'époque qu'au plan du cadre institutionnel. Nul ne songera ainsi à méconnaître l'influence de l'équité comme principe modérateur de la "référence normative" ni, sans doute, l'existence de pratiques jurisprudentielles (surtout au niveau des juridictions coutumières ou locales) peu conformes aux standards développés par les théoriciens. A l'inverse, au plan institutionnel on ne pourrait méconnaître l'influence "centralisatrice" de l'accroissement de la production normative du Prince dès le 16^e siècle ou d'autres phénomènes encore. Notre propos, cependant, vise à tenter de cerner les tendances dominantes qui configurent l'exercice de la fonction de juger.

ditions de production normative et à celui du cadre institutionnel au sens strict.

A. Conditions de production normative.

Une expression, développée par la doctrine allemande de la fin du 19^e siècle à propos d'un problème spécifique d'herméneutique juridique, celui des lacunes en droit (sur ceci cf. infra, titre II), qualifie très précisément l'ensemble des modifications apportées, à l'époque révolutionnaire, aux conditions de production normative ainsi que les présupposés qu'elles traduisent : "die logische Geschlossenheit des Rechts". (18)

Le projet est en effet ici de ramener la production normative à la seule production législative. S'en déduit la double idée, d'une part que la codification présente tous les caractères qui en assurent la qualité de Texte unique : son unité logique et sa complétude, et d'autre part qu'à ce titre elle commande obéissance et application sans faille. La première idée est liée, ainsi que l'a très bien montré M.J. Vanderlinden (19), au concept de code lui-même et, conséquemment, à l'adoption exclusive du phénomène de codification par le législateur révolutionnaire. Elle est d'ailleurs explicitement énoncée en 1789 : avec la loi, source unique du droit, l'on disposait d'un instrument qui permettait à l'ensemble norma-

(18) voy. sur le sens de cette expression la doctrine allemande de l'époque, K. BERGBOHM, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, t.I, Das Naturrecht der Gegenwart, Leipzig, 1892, pp.372 et sv.; L. BRÜTT, Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin, 1907, pp.73 et sv.; voy. aussi pour un commentaire français contemporain de cette époque, F. GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique, 2^e éd., t.I, Paris, 1954, pp.193 et sv.

(19) voy. sur ceci J. VANDERLINDEN, Le concept de code en Europe occidentale. Essai de définition, Bruxelles, 1967, pp.164 et sv.

tif de présenter les caractères ci-avant énoncés (20). F. GénY qualifiait cette volonté de tout réduire à la loi écrite et cette croyance en l'unité harmonique et logique de l'ensemble légal de "fétichisme de la loi écrite et codifiée" (21). L'expression est des plus heureuses car, par elle-même, elle suggère cette idée que le formalisme par lequel on définit le cadre normatif est lié à un investissement de toute puissance et donc à une dimension imaginaire. L'expression désigne la dimension mythologique en laquelle s'inscrit le fonctionnement du discours juridique. Nous y reviendrons par la suite. Une seconde idée traduisait cette inféodation exclusive à l'ordre de la loi : celle d'obéissance. Idée moins expressive

(20) Cette volonté et cette croyance transparaissent constamment des débats de l'assemblée constituante ou des textes subséquents des juristes révolutionnaires. On pourrait ici citer les expressions par lesquelles on entend réduire l'opération du jugement à une simple déduction de ce qui est énoncé clairement dans la loi. Nous les retrouverons cependant ci-dessous à propos des incidences de cette réduction du cadre normatif sur le problème de l'interprétation. Nous relèverons cependant une expression très caractéristique de Cambacérès car elle témoigne de l'importance du symbole de l'unité comme traduisant l'idéal logicien auquel doit s'assujettir le fonctionnement du discours juridique: "Quel est donc le principal but auquel nous devons aspirer? C'est l'unité... La vérité est une et indivisible. Portons dans le corps de nos lois le même esprit que dans notre corps politique, et, comme l'égalité, l'unité, l'indivisibilité ont présidé à la formation de la république, que l'unité et l'égalité président à l'établissement de notre Code civil, que ce soit en un mot par le petit nombre des textes que nous arrivions à cette unité harmonique qui fait la force du corps social, qui en dirige tous les mouvements dans un accord merveilleux, à peu près comme les lois simples de la création président à la marche et à l'harmonie de l'univers" et le texte de poursuivre en affirmant les caractères de clarté, complétude et non-contradiction du projet de Code civil présenté (CAMBACERES, rapport fait à la Convention Nationale, in P.A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t.I, Paris, 1827, p.3).

(21) F. GENY, op.cit., p.70.

que la précédente selon F. GénY qui l'estime à la fois non-contestable et non liée à celle du fétichisme de la loi écrite. Comme cet auteur le relève, il faut en effet tenir "pour incontestable la pensée, qu 'exprimait l'art.1er du titre IV du livre préliminaire, placé en tête du projet primitif du Code civil,... : "Le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle" (22). S'il est exact que la question de la force d'applicabilité d'une norme et celle de son champ d'applicabilité sont deux questions logiquement distinctes, le dogmatisme légaliste qui s'exprime ici dans l'idée d'obéissance paraît cependant lié au présupposé d'unité logique de l'ensemble légal : s'y exprime en effet de part et d'autre l'idéal logicien auquel le législateur révolutionnaire entendait identifier la réalité du discours juridique. Cette idée d'obéissance qui fait du juge celui qui se définit par le service exclusif de la loi participe plus généralement d'une conception théorique de celle-ci sur laquelle nous reviendrons dans la deuxième partie. Qu'il nous suffise ici d'indiquer que cette idée d'obéissance se soutient explicitement tant des qualités éminentes que l'on prête à l'auteur du Texte que de celles que l'on doit présumer du contenu même de la norme. La loi ainsi sera identifiée à la Vérité, ou à la Raison : comme le dira Portalis lui-même, généralement perçu cependant comme le protagoniste d'une lecture non-logicienne du droit : "...la loi est reconnue l'oeuvre et le produit de la raison" (23).

L'esprit qui préside ainsi aux modifications apportées à la production normative au regard de laquelle le juge est appelé à trancher les litiges rejaillit et s'explique dans la conception que l'on se fait de ce qu'est l'opération de juger. Analysée à travers les seuls schèmes de la logique hypothico-déductive, on entend la réduire à une opération purement mécanique. Cette lecture purement logicienne et formaliste du raisonnement judiciaire n'est en fait que l'aboutissement de mouvements théoriques extérieurs à la théorie

(22) ibidem, p.71, note 2.

(23) Dans son discours préliminaire au Code civil, cité par M. SEVIN, Etude sur les origines révolutionnaires des Codes Napoléon, nouvelle édition, Paris, 1879, p.102.

juridique. Sans cependant analyser ici ces mouvements philosophiques générateurs d'une telle inféodation logicienne, il nous suffit de rappeler que Montesquieu avait très expressément entendu réduire l'espace de jeu au sein duquel le juge avait à se mouvoir; deux passages bien connus expriment cette considération : "Plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe... Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyens contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie... le juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait; et, pour cela, il ne lui faut que des yeux" et ensuite, "si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte... Les juges de la Nation ne sont que la bouche, qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur" (25). Tel sera bien l'esprit révolutionnaire. Comme on l'a relevé par ailleurs, "le pouvoir judiciaire n'est... conçu que comme un organe d'exécution du pouvoir législatif. Il appliquera automatiquement la loi. Car il est entendu que celle-ci, oeuvre du peuple souverain, sera désormais si simple et si claire que l'adapter à un cas particulier ne sera plus que jeu d'enfant, travail mineur de fonctionnaire subalterne" (25). Ceci s'exprime aussi dans la volonté de supprimer jusqu'à l'existence même d'une jurisprudence des tribunaux. Cette idée que nous retrouverons plus précisément ci-dessous dans l'aménagement du Tribunal de cassation a été clairement énoncée tant par Le Chapelier que par Robespierre à l'occasion de la discussion du projet de loi portant création d'un Tribunal de cassation:

(24) MONTESQUIEU, Esprit des lois, liv. VI, chap. III, p.73 et liv. XI, chap. VI, p.144 (éd. Garnier).

(25) C. CAMBIER, La responsabilité de la puissance publique et de ses agents, Bruxelles, 1947, p.39.

Le Chapelier affirme que "le Tribunal de cassation, pas plus que les Tribunaux de district, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions, existait dans le Tribunal de cassation, il faudrait la détruire (26); de même Robespierre considère : "Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait sous l'Ancien Régime, ne signifie plus rien dans le Nouveau; il doit être effacé de notre langue. Dans un état, qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi; alors il y a toujours identité de jurisprudence" (27).

Enfin, une dernière manifestation théorique, liée aux précédentes, de ces modifications des conditions de productions normatives est la lecture syllogistique de l'acte juridictionnel. Si l'on en croit Garat L'Ainé (28), le premier auteur à avoir qualifié de cette manière l'opération du juge est Beccaria.

Cette analyse est en tout cas très précisément celle des constituants. Elle est tout d'abord présentée par Duport qui y trouvait la justification de sa distinction du fait et du droit et, conséquemment, de la nécessité de distinguer les organes juridictionnels appelés à connaître de l'un et de l'autre : "on ne s'est pas accoutumé, note Duport, à considérer que le jugement d'un procès n'est autre chose qu'un syllogisme dont la majeure est le fait, la mineure la Loi et le jugement la conséquence" (29). Bien que ferme opposant des con-

(26) Archives parlementaires, 1^è série, t.XX, p.517, à la date du 18 novembre 1790.

(27) Archives parlementaires, 1^è série, t.XX, p.516, à la date du 18 novembre 1790.

(28) Opinion de M. GARAT L'AINE, député du pays de LABOUR, sur les plans présentés par MM. DUPORT et SIEYES à l'assemblée nationale pour l'organisation du pouvoir judiciaire, Paris, l'an premier de la liberté, p.29.

(29) Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire, par M. DUPORT, député de Paris, Paris, 1790, p.20.

ceptions de Duport sur l'organisation judiciaire, Garat l'Ainé reprenait lui-même cette conception hypothético-déductive du jugement pour, cependant, en rectifier la description logique et la rendre conforme aux exigences de "la logique du Port-Royal" comme il le dit lui-même (30).

Le cadre institutionnel sensu stricto n'est que la manifestation de cette volonté de mettre en place les conditions de possibilité d'une logicisation effective de la fonction de juger. C'est ce qu'il nous faut maintenant succinctement montrer.

B. Le cadre institutionnel.

Au plan du cadre institutionnel au sens strict, c'est-à-dire de l'aménagement des institutions au sein desquelles va s'exercer la fonction de juger, trois idées paraissent traduire l'inféodation à une pensée logicienne de l'analyse des conditions d'exercice de cette même fonction : celle d'autonomisation, de mise en forme rationnelle des institutions de jugement et enfin celle d'autolimitation garantie qu'expriment l'instauration du référé

(30) GARAT L'AINE, op.cit., p.30. L'analyse faite du syllogisme judiciaire est la suivante : "...j'ose hardiment répondre à M. Duport, qu'un syllogisme, pour être bon, doit 1° dans la majeure, retracer une vérité générale avouée de tout le monde, et par conséquent la loi dans le syllogisme jugement; car il n'y a là de vérité généralement avouée que la loi, 2° dans la mineure, déterminer le rapport singulier du sujet contentieux à la vérité générale, et par conséquent, dans le jugement syllogisme, le rapport de ce sujet, ou du fait contentieux à la loi; car il n'y a là d'autre vérité que celle que la loi détermine; 3° dans la conséquence, déclarer ce que la loi ordonne du sujet contentieux; car là encore, dans la majeure et la mineure, la loi seule est la vérité suprême qui règle tout". La suite du texte, par ailleurs, mérite d'être citée tant elle traduit bien la nature de "discours de vérité", pour reprendre une expression de M.M.FOUCAULT, que l'on imprime au discours juridique : "Ainsi la loi influe sur toutes les parties du syllogisme jugement. C'est à sa lumière vive et pure qu'il appartient seul d'en éclairer toutes les parties pour les conduire toutes vers la justice" (p.31).

législatif et la mise sur pied d'un Tribunal de cassation.

L'idée d'autonomisation est celle sur laquelle on met généralement le plus l'accent pour caractériser la rupture qui s'opérerait à la Révolution française. Elle trouve en effet à se concrétiser dans les conséquences déduites du principe de la séparation des pouvoirs qui guide le législateur révolutionnaire dans l'instauration du nouveau système politique. Ce point a été clairement mis en lumière : "au terme d'une évolution qui conduit à la mise en place des structures de l'Etat moderne..., la justice devient l'affaire d'une fonction conférée à l'un des pouvoirs établis. Le judiciaire apparaît avec un appareil rénové; avec aussi, associées à sa création, des attributions complètement révisées. La transformation la plus importante apportée à l'administration de la justice à l'orée des temps modernes est là, en effet. La préoccupation est de contenir l'oeuvre du juge dans l'exercice d'une charge que l'on veut spécifique et, de la sorte, distinguée et séparée des autres. Il s'agit de prévenir le retour à une confusion des prérogatives de l'autorité et, par là, le rétablissement d'un nouveau gouvernement des juges" (31). Cette volonté d'inscrire dans la réalité institutionnelle le caractère jugé autonome de la fonction de juger (par rapport aux autres fonctions qui sont en tout Etat, à savoir les fonctions de réglementer et d'administrer) s'est traduite, on le sait, par des "restrictions que la logique même du système impose, (mais aussi par) d'autres...qui n'ont pour explication que la méfiance très vivace entretenue envers l'action des cours et tribunaux" (32). Aux premières se rattache essentiellement le retrait au pouvoir judiciaire de la magistrature législative, tandis qu'aux secondes il faut principalement ramener les modalités sous lesquelles s'est opéré le retrait à ce même pouvoir de la magistrature administrative. Le juge était ainsi non seulement confiné à l'exercice d'une fonction qui consistait à trancher les litiges par droit et sentence, marqué de ce fait par une rela-

(31) C. CAMBIER, Droit judiciaire civil, op.cit., pp.81-82.

(32) ibidem, p.55.

tion d'assujettissement au Législateur, mais en plus, par la restauration du principe d'une justice retenue, née du souci d'empêcher les empiètements du judiciaire dans la sphère d'action de la puissance gouvernementale, le juge se voyait interdire de juger l'administration. Ce dernier principe, on le sait, d'une part, connaîtra des modalisations et évolutions qui conduiront le pouvoir à aménager de véritables organes juridictionnels au sein même de l'administration et, d'autre part, ne sera pas adopté, en théorie (33) tout au moins, par le constituant belge en 1830 (34). L'intérêt, pour nous, est simplement de constater que le système de droit public ainsi mis en place traduit institutionnellement une autonomisation de la fonction de juger au terme de laquelle, exception faite des privilèges que s'accorde l'administration jusqu'à l'assujettissement de celle-ci au régime de la loi sanctionnée juridictionnellement, le juge, non seulement, comme le dit le professeur C. Cambier, "n'a d'autre maître que la loi" (35), mais aussi, par là même, voit son opération toute entière définie par l'assujettissement de l'organe judiciaire à la toute-puissance de la loi : cela est si vrai que le même auteur a remarquablement signalé que s'établissaient là entre le juge et le législateur, au départ d'un régime alliant ainsi allégeance et indépendance, des "liens..., en quelque sorte, spiritualisés" (36).

-
- (33) M.C. CAMBIER (La responsabilité de la puissance publique et de ses agents, op.cit., p.46) fait en effet remarquer que ce n'est qu'en 1920 que le pouvoir judiciaire interpréta ses propres compétences de telle manière que le juge devint "l'arbitre de tous les conflits y compris ceux qui opposent le citoyen à la puissance publique". Jusqu'au revirement de jurisprudence de 1920, le juge n'avait, "à l'égard des litiges surgissant entre les particuliers et l'administration, qu'un pouvoir réduit qui le mettait pratiquement dans une situation fort semblable à celle où le plaçaient envers le gouvernement, les lois révolutionnaires
- (34) voy. sur ces questions, notamment C. CAMBIER, ibidem, pp.37 et sv.; et du même auteur, Principes du contentieux administratif, t.I, Le juge dans l'Etat. Le contrôle judiciaire de l'administration, Bruxelles, 1961, pp. 42 et sv.
- (35) C. CAMBIER, La responsabilité de la puissance publique et de ses agents, op.cit., p.45.
- (36) C. CAMBIER, Principes du contentieux administratif, t.I, op.cit. p.373.

L'idée de mise en forme rationnelle des institutions de jugement n'est pas moins significative. Reprenant à son compte un souhait manifeste exprimé dans les cahiers de doléances de 1789 (37), le législateur révolutionnaire a la volonté de modifier fondamentalement l'organisation judiciaire. Thouret parle de "la nécessité (incontestable) de la régénération absolue" (38) et Dupont d'"une régénération complète dans l'administration de la justice" (39). A cette fin va se substituer à l'ancien appareil de justice que caractérisaient la dispersion et la diversification "désordonnées" des institutions de jugement un ordonnancement juridictionnel unitaire, centralisé et homogène. La rationalisation qui là s'opère se traduit à deux niveaux. Alors que sous l'Ancien Régime les formations territoriales dans lesquelles s'établissent les organes de jugement sont hétérogènes et que par ailleurs s'enchevêtrent diverses institutions de jugement à compétence propre (40), le système mis en place par la loi des 16 et 24 août 1790 repose sur un modèle organisationnel calqué sur le système administratif. L'ensemble du territoire est ainsi découpé en ressorts territoriaux homogènes qui serviront d'assises tant aux divers niveaux d'autorités administratives qu'aux divers degrés d'institutions de jugement : faisant table rase des anciens découpages, on va créer les cantons, arrondissements (au départ appelés districts) et départements. Dans le ressort des premiers seront instituées les justices de paix, des seconds les tribunaux et des troisièmes les cours d'appel (41);

(37) voy. sur ceci R. AUBIN, L'organisation judiciaire d'après les cahiers de 1789, thèse, Paris, 1928, passim.

(38) Discours de M. THOURET à l'Assemblée Nationale, En ouvrant la discussion sur la nouvelle organisation du Pouvoir Judiciaire, (imprimé par ordre de l'Assemblée Nationale), séance du 24 mars 1790, pp.7-8.

(39) DUPONT, op.cit., p.2.

(40) voy. sur ceci notamment C.CAMBIER, Droit judiciaire civil, op.cit. p.66.

(41) Remarquons que celles-ci n'ont été créées que par la loi du 20 avril 1810. La loi des 16-24 août 1790, craignant de restaurer les conditions d'un gouvernement des juges, n'avait point voulu reconstituer des grands corps de justice rappelant les anciens parlements. Si appel peut être formé contre les jugements, c'est par les voies du système de "l'appel circulaire" posé à l'art.1 du titre V de la loi précitée: "les juges de district seront juges d'appel les uns à l'égard des autres...".

enfin au niveau du "Grand Tout National" (42) correspondra la Cour de cassation (43). La chose est significative, car ce cadre territorial, créé pour servir d'instrument à l'action administrative et transposé comme base d'organisation judiciaire, avait été spécialement choisi à raison de ce qu'il assurait au mieux une dispensation efficace du système de pouvoir, et, de ce fait, les conditions d'uniformisation nécessaires au fonctionnement d'un mécanisme centralisé. Par ce biais, "la chaîne d'exécution descend sans interruption du ministre à l'administré, et transmet la loi et les ordres au Gouvernement... avec la rapidité du fluide électrique (44). Au plan judiciaire, la même symbolique se retrouve aussi en ce sens que s'y dévoile la transposition au plan institutionnel de l'image centraliste du Texte unitaire présente dans la production normative et la volonté de ne faire de l'acte du juge que répétition d'un déjà dit en l'enfermant dans un cadre formel qui évacue les possibles incohérences nées d'une lecture différente de la norme : de la même manière en effet au plan organisationnel, la rationalisation du système entend évacuer les possibilités d'incohérence qui naîtraient d'une hétérogénéité de l'ensemble institutionnel. Remarquons enfin que l'aménagement centraliste qui s'effectue ainsi naît non seulement de son établissement sur des bases uniformes mais aussi de l'aménagement hiérarchique interne des institutions de jugement que traduit l'existence des juridictions d'appel et d'une juridiction de cassation : comme l'indique très justement M.C. Cambier, un tel étalement des juridictions, hormis qu'il est condition d'exercice du droit qu'on reconnaît au justiciable à deux degrés de juridiction,

(42) Expression du Chevalier d'Eymal, député aux Etats Généraux de 1789 (citée par C. CAMBIER, op.cit., p.66, note 29).

(43) Dénommée Tribunal de cassation par la loi des 27 novembre et 1er décembre 1790, sur ceci cf. infra.

(44) CHAPTAL, Rapport au Corps législatif, le 28 pluviôse au VIII, Archives parlementaires, II^e série, I, p.230.

est là "pour assurer la police et le contrôle de l'ensemble" (45). La troisième idée d'où se dégage l'emprise logicienne que manifeste l'organisation institutionnelle sensu stricto a trait à l'instauration dès 1790 du mécanisme du référé législatif et de cet organe dénommé "Tribunal de cassation". Des liens étroits relient cette double institution : les expliciter nous permettra d'en dévoiler la portée du point de vue qui nous occupe.

C'est l'adoption du principe de la séparation des pouvoirs comme modèle d'aménagement des pouvoirs qui conduit le constituant révolutionnaire à adopter la procédure du référé législatif. Il s'agit plus précisément de mettre en place une procédure qui empêche le pouvoir judiciaire d'excéder la compétence qu'on lui définit, à savoir celle d'appliquer la loi aux cas particuliers qu'elle entend régir. A cette fin, reprenant un mécanisme que connaissait déjà le

(45) C. CAMBIER, op.cit., p.67; signalons que le même auteur avait déjà abouti au même constat que celui ici opéré : comme il l'indique, parlant du parallélisme entre la réforme judiciaire et la réforme administrative réalisées par le législateur révolutionnaire ; "il s'agit, de part et d'autre, de mettre en place un dispositif assurant dans un ensemble étatique unifié la transmission et la gestion les plus rationnelles du pouvoir et de ses services. On y parvient en répartissant les institutions selon une planification de l'espace" (op.cit., p.65); par ailleurs, sur la signification de cette politique organisationnelle, voy. P. LEGENDRE, Histoire de l'administration, Paris, 1968, pp.105 et sv. et, du même auteur, "La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'Etat centraliste en France", Revue historique de droit français et étranger, 1974 (52), pp.707 et sv. Signalons enfin que dès 1787 Joseph II avait tenté d'imposer aux Pays-Bas autrichiens une réorganisation de l'appareil de justice répondant au même esprit que celui que manifestera le législateur révolutionnaire français (sur ceci, voy. R. WARLOMONT, "Les idées modernes de Joseph II sur l'organisation judiciaire dans les Pays-Bas autrichiens", Revue d'histoire au droit, 1959, t.XXVII, pp.269-289).

droit de l'Ancien Régime (46), le législateur dispose en l'art.12 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 que les juges "ne pourront point faire de règlement, mais (qu')ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaires, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle". Il s'agit par cette disposition, traduction de l'hostilité des révolutionnaires à l'égard du pouvoir judiciaire, de traduire techniquement les conséquences nées d'une réduction des sources du droit à la seule loi écrite et d'une lecture de l'opération de juger à l'aide des seules données de la logique formelle. Cependant la rédaction même de l'article 12 précité ne laissait pas d'être ambiguë et cette ambiguïté, qui concernait l'étendue même des pouvoirs du juge, n'avait pas été méconnue par les constituants. Il était en effet possible d'entendre l'interdiction faite au juge comme ne concernant que son pouvoir d'interprétation par voie de dispositions générales et abstrai-

(46) Le professeur P. Godding note aussi que "dès le début du mouvement de rédaction officielle des coutumes, les formules d'homologation réservent au souverain le pouvoir d'interpréter les dispositions coutumières désormais officielles" (L'interprétation de la "loi" dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays-Bas méridionaux", loc.cit., p.473). M.J. GILISSEN note qu'un tel recours en interprétation existe dès le 14^e siècle (op.cit., p.229). Dans le même sens, M.P. Godding, (ibidem, p.460) cite le cas de la Keure de Bruges de 1329 et de Furnes de 1332 qui, toutes deux, imposent l'interprétation authentique du Législateur. Ce type de disposition se retrouvera fréquemment dans la législation princière, en constante augmentation dès le 16^e siècle. Cette tendance sera consacrée en droit français, par l'article 7, titre I, de l'ordonnance d'avril 1667 au terme duquel "si, dans les jugements des procès qui seront pendans en nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de nos Ordonnances, Edits, Déclarations et Lettres patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par devers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention". C'est précisément en s'inspirant de cette disposition que le législateur de 1790 rédigea l'art.12 de la loi des 16-24 août 1790. Remarquons enfin, si l'on en croit l'analyse faite par GOSSIN à l'Assemblée Constituante (séance du 12 août 1790, Archives parlementaires, 1^è série, t.XVII, p.736, cité par J.L. HUFTEAU, Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi, op.cit., p.12, note 3), que l'importance pratique du référé imposé par l'ordonnance de 1667 n'était pas très grande; voy. aussi sur le rapprochement à faire entre la conception des révolutionnaires et celle d'autres codificateurs comme Justinien et le pape Pie IV, F. GENY, op.cit., t.I, p.83.

tes (les anciens arrêts de règlement) et n'engageait point de ce fait, l'interprétation d'un texte, qualifié d'obscur, à l'occasion de la solution à donner à un litige particulier. Telle était d'ailleurs le sens proné par Fréteau et Garat L'Ainé (47). Tout en maintenant la rédaction ambiguë du texte, c'est une interprétation extensive qui fut défendue par les auteurs, de l'époque, tel Merlin, (48). Une telle lecture, cependant, des pouvoirs du juge ne pouvait qu'engendrer des difficultés reposant sur les qualifications et donc interprétations contradictoires qui pourraient être données d'une même norme par différentes juridictions : risquait ainsi de se réintroduire ce que l'on entendait précisément empêcher. C'est à l'effet de résoudre cette difficulté que furent aménagés les pouvoirs du Tribunal de cassation.

Le mécanisme du référé législatif ne suffisant point à lui seul à assurer le fonctionnement d'un discours du juge qui ne soit que répétition simple du déjà dit législatif et ainsi la clôture logicienne effective de ce même discours, il fallait instituer un autre procédé : il fut trouvé dans l'instauration d'un tribunal régulateur suprême qui serait, comme le dit Merlin à l'Assemblée (49), "le gardien suprême de la Loi...le lien commun de tous les tribunaux d'appel". Le besoin d'un tel tribunal s'était par ailleurs fait sentir indépendamment des carences que faisait apparaître le procédé du référé législatif par rapport à la finalité qui était la sienne. C'est au regard de cette finalité même, l'idéal logicien en lequel était pensé le mode de solution des conflits appréhendables par le droit, et l'unité textuelle en laquelle celui-ci devait se réduire que dès le départ le législateur révolutionnaire avait exprimé le besoin d'un tel tribunal. Sieyes, se faisant là l'interprète d'une opinion unanime, avait proposé la création d'un Conseil unique composé de 36 grands juges à l'effet d'éviter la "variation de jurisprudence dans le même tribunal", la

(47) Sur ceci voy. Archives parlementaires, 5 juillet 1790, t.XVI, 1^è série, pp.704 et sv.

(48) Sur ceci, voy. J.L.HUFTEAU, op.cit., p.36.

(49) Archives parlementaires, 24 mai 1790, t.XV, 1^è série, p.665 (cité par J.L. HUFTEAU, op.cit., p.40).

"dissemblance de jurisprudence dans les différents tribunaux", son objet étant ainsi "de maintenir la certitude et l'unité de principes et de formes dans la dispensation de la justice à tout le royaume" (50). Si le principe d'une telle juridiction ne posait point question, des controverses existaient quant à ses modalités d'existence. Ainsi la question se posait de savoir si un tel tribunal devait être ambulante ou sédentaire. Il est intéressant de noter ici, vu leur portée symbolique, certains arguments développés avec succès par Merlin en faveur de la seconde solution. Argument est d'abord tiré de ce que la nouvelle organisation des pouvoirs présente ce trait "d'unir toutes les parties de l'Empire par un lien commun, de rassembler comme dans un foyer toutes leurs forces et de donner à tous leurs mouvements un seul et unique point central" (51) : s'en déduit, dit-il, la nécessité d'une fixité de lieu pour le Tribunal de cassation dont le caractère ambulante nécessiterait la scission en plusieurs sections. Bien plus, poursuit Merlin, une dispersion au sein même des membres du Tribunal créerait des contradictions de décisions au nom de la Loi même : or ce serait là ôter "à la loi ce caractère de majesté qui lui est si nécessaire, et qu'elle ne peut acquérir ni conserver que par l'uniformité constante et inaltérable des oracles qu'elle prononce aux Peuples" (52). Enfin, souligne-t-il, cette sédentarité est exigée pour "accoutumer tous les citoyens à considérer la Nation comme une seule famille" et pour que le monde politique créé par le Législateur soit semblable au système de ce "sublime inventeur...qui plaçant au centre du monde un corps aussi vaste que brillant, en fait mouvoir toutes les parties autour de ce corps, par une combinaison de forces toujours égales, qui les attirent sans cesse, et qui sans cesse les retiennent aux distances dans lesquelles les a fixées la main toute-puissante qui les a créées" (53). Faisant sienne la thèse de Merlin, l'Assemblée, par la loi du 12 août 1790, dispose que "le Tribunal de cassation sera unique et sédentaire...". Enfin, par la loi des 27 no-

(50) Abbé SIEYES, Aperçu d'une nouvelle organisation de la Justice et de la Police en France, Paris, 1790, p.53.

(51) Opinion de M. MERLIN sur la nécessité de rendre le Tribunal de cassation sédentaire, Paris, 1790, p.5.

(52) ibidem, p.6.

vembre-1er décembre 1790, elle en régle les attributions et l'organisation; sa compétence principale est ainsi fixée : "les fonctions du tribunal de cassation seront de prononcer sur toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort...il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi". En créant ainsi un organe juridictionnel dont la fonction même est d'exclusivement censurer les erreurs de droit commises par les divers organes judiciaires et, par là, d'assurer l'uniformité des principes en affirmant l'unicité de sens de la norme et de veiller à l'insertion effective du discours juridique dans l'univers centraliste du Texte auquel la lecture logicienne de l'époque réduisait le droit et son application, le constituant révolutionnaire innove . Ce n'est pas que la fonction de cassation était antérieurement inconnue. Comme la technique du référendé législatif, le droit d'Ancien Régime connaissait l'exercice d'un contrôle de légalité sur les décisions de justice. Il reste que comme le dit A.P. Calamandrei, au terme, nous paraît-il, du meilleur travail sur la question : "... Come conclusione generale di tutto lo Studio storico compiuto fin qui possiamo oramai ritenere che la Cassazione, nei suoi elementi essenziali, è istituto di origine prettamente francese, e che tutti i tentativi di scoprire tracce delle sue origini fuori dalla Francia non trovano alcun fondamento nella realtà storica.

La nascita della Cassazione moderna risale alla Rivoluzione" (54). En effet, ni dans le droit français d'Ancien Régime, ni dans les autres systèmes juridiques antérieurs à la Révolution française, ne semble avoir existé une institution présentant les mêmes traits caractéristiques (55).

(54) A.P. CALAMANDREI, La cassazione civile, vol. I, Storia e Legislazioni, Milan-Turin-Rome, 1920, p.771. Remarquons que telle est aussi l'opinion du Procureur Général Paul Leclercq : combattant la thèse d'une certaine doctrine qui, remontant soit au droit romain soit au droit du Moyen-Age, aboutit ensuite à établir une prétendue filiation entre la Cour de Cassation et le Conseil des parties de l'Ancien Régime, l'éminent magistrat, alors premier avocat général, affirme que "ce n'est qu'en apparence... que la Cour de cassation prolonge le Conseil des parties" ("De la Cour de cassation", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er octobre 1925, p.8). Le Procureur Général L. Cornil reprendra cette même thèse de l'apparence : "les quelques règles qui étaient observées au Conseil des parties et qui le sont encore à notre Cour sont toutes des règles de pure procédure; elles visent la forme de nos travaux et n'en touchent pas le fond. Il n'y a pas lieu de tirer de cette survivance plus de déductions que du fait que les toges rouges dans lesquelles nous nous drapons... pour siéger aux audiences solennelles, imitent le costume des rois de France de la fin du Moyen-Age, conservé par les parlementaires d'avant 1789. Si nous les portons, ces robes rouges, c'est uniquement parce que le Premier consul a pensé qu'il accroîtrait le prestige des juridictions créées par la Révolution en les revêtant d'une apparence extérieure qui rappelait l'Ancien Régime" ("La Cour de cassation", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 15 septembre 1948, p.10).

- (55) Deux traits surtout sont mis en évidence par l'auteur :
1. "La storia del diritto non ci offre nessun esempio anteriore alla Rivoluzione francese di un organo appositamente creato per unificare la interpretazione giurisprudenziale delle leggi" (ibidem, p.766).
 2. "Non abbiamo incontrato nell'analisi storica e comparata precedentemente compiuta, nessun esempio anteriore alla Corte di cassazione di tribunali ai quali si potesse ricorrere soltanto contro le sentenze viziate da un error in iudicando nella risoluzione della questione di diritto" (ibidem, p.767).

Sur la fonction de cassation au 18^e siècle, voy. la très intéressante étude de R. MARTINAGE-BARANGER, "Les idées sur la cassation au XVIII^e siècle", Revue historique de droit français et étranger, 1969 (47), pp.244-290.

Le Tribunal de Cassation ainsi créé n'acquerra la portée institutionnelle qu'on lui connaît aujourd'hui qu'au terme de mutations qui viennent de ses rapports avec la technique du référé législatif, mutations où se jouent tant l'image que l'on se fait de la fonction de juger que l'idéal logicien explicité par le législateur révolutionnaire. Il nous suffit pour l'instant de signaler la première étape de cette histoire : une disposition de la loi des 27 novembre-décembre 1790 la traduit, l'article 21 qui dispose dans sa finale qu'au cas où un jugement "aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de Cassation qu'elle n'ait été soumise au Corps Législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le Roi, le Tribunal de Cassation s'y conformera dans son jugement". Un référé spécial est ainsi institué qui a pour but précisément d'assurer l'efficacité du référé général dont on a vu la mise en place ci-dessus par l'art.12 de la loi des 16-24 août 1790. Après une double cassation, le conflit persistant entre les juridictions de fond et le Tribunal de Cassation est qualifié de "présomption irréfutable de l'obscurité de la loi", entraînant par là même l'application de l'art.12 de la loi précitée. C'était aussi, de ce fait, restreindre pour ne pas dire supprimer ce que l'on a appelé le pouvoir créateur de droit "du pouvoir judiciaire", expression liée comme on le verra à une lecture de l'histoire du droit en terme de rupture. Avec ce double référé se trouve ainsi mis en place un système qui, joint aux caractéristiques déjà analysées de l'ensemble institutionnel judiciaire organisé en 1790, traduit par évidence les modifications apportées aux conditions de production normatives en vigueur sous l'Ancien Régime.

Il importe, avant d'analyser les transformations et leur signification dont sera affectée cette nouvelle organisation de la fonction de juger pour devenir celle que nous connaissons présentement, d'appréhender très rapidement la portée de l'oeuvre révolutionnaire du point de vue de l'idéal qu'elle traduit et donc de l'unité logicienne dans laquelle elle entend enfermer le fonctionne-

ment du discours juridique. La question est intéressante en tant que la réponse qu'on y donne généralement préfigure la lecture qu'on fait des modifications qui seront apportées au rapport juge-législateur tel qu'établi par les révolutionnaires et, par là, du cadre institutionnel actuel de la fonction de juger.

Traditionnellement les rapports Ancien -Nouveau Régime, sur le plan qui nous occupe, sont qualifiés d'antinomiques : la nouvelle organisation en laquelle s'exerce la fonction de juger signifierait rupture, coupure par rapport à l'ancienne, et les auteurs de reprendre pour critère décisif de cette nouveauté celui-là même qui, pour le législateur de 1790, la traduit, à savoir celui de la séparation des pouvoirs ou des conséquences qui lui sont liées (la suppression des conditions de possibilité d'un gouvernement des juges). Si des facteurs de continuité sont reconnus, c'est pour mieux faire ressortir la différence de système : ainsi M.Y.L. HUFTEAU fait remarquer que si l'Assemblée Constituante n'a fait que substituer l'absolutisme de la loi à celui du Monarque, la différence est que le premier a su créer les conditions de praticabilité de son pouvoir à savoir un assujettissement effectif du juge au Législateur, tandis que "telle n'avait pas été la conception des pouvoirs du juge d'Ancien Régime" lequel, par l'équité, pouvait "aller contre les termes mêmes de la loi, dont les lacunes et les obscurités étaient comblées par la jurisprudence et les arrêts de règlements"(56)

On peut se demander cependant si ces remarques, assurément exactes, à tout le moins pour les premières, ne doivent pas être nuancées dans les conclusions qu'on en déduit. Bien plus, le procédé qui consiste au plan de l'analyse théorique à reprendre ce qui est expressément avancé par les acteurs du comportement dont il faut rendre compte pose question : il est manifeste que le législateur révolutionnaire a la volonté de rompre avec l'ancien système de justice (en témoignent d'ailleurs les déclarations précitées des juristes Thouret et Duport qui parlent d'une nécessité de régénération "absolue" et "complète") et qu'à cette fin ils ont

(56) Y.L. HUFTEAU, op.cit., p.44.

réorganisé les rapports de pouvoir suivant le principe dit de la séparation des pouvoirs; il reste que la dimension institutionnelle ainsi mise en exergue n'épuise peut-être point l'ensemble de celles qui caractérisent le fonctionnement du discours juridique. Les quelques notations consacrées à un tel fonctionnement pendant la période antérieure à la Révolution permettent au contraire d'appréhender différemment la portée des mutations intervenues dès 1789. On a vu, en effet, que l'aménagement de la fonction de juger sous l'Ancien Régime semblait présenter une double dimension : le discours juridique paraissait animé d'un idéal systémique et logicien né des cadres interprétatifs fécondés par les traditions romano-canonistes et rationalistes-humanistes, en même temps qu'il fonctionnait dans un cadre institutionnel tendant à ne point générer les conditions de réalisation de cet idéal. Au seul plan de ce cadre, tant les conditions de production normative que l'aménagement des institutions de jugement laissaient place à un pouvoir dénommé créateur des juges : nul ne peut en effet nier dans un tel système l'importance du légiste et donc du juge. C'est cependant ne point faire droit à ce par quoi l'on entend raréfier les possibilités de ce dire jurisprudentiel que de se limiter à ce seul cadre. Si le droit ne s'y réduit point à la loi, l'ensemble normatif est posé comme conduisant à se fonder sur un fondement textuel qui joue le rôle central par rapport à quoi les morceaux de l'ensemble sont évalués, interprétés, complétés. Le corpus iuris civilis et les principes censés composer le droit naturel rationnel jouent, on l'a vu, ce rôle justifiant la prétention à un fonctionnement systémique et unitaire du cadre normatif au sein duquel le juge a à se mouvoir. On n'entend évidemment pas ici nier le jeu des forces centrifuges et donc les aires d'autonomie qui se sont créées dans la jurisprudence de l'époque; mais l'on vise simplement à faire apparaître le jeu de l'instance idéale qui fonctionne effectivement au sein de tout discours juridique: celui-ci, en effet, vu sa nature langagière, ne peut qu'assumer, au travers de la précompréhension qui en guide nécessairement le développement, les idéaux qui l'animent. La rationalité juridique propre à cette période fait elle aussi apparaître ce que nous appellerons plus loin une dimension mythologique. Que cet idéal logicien et

la référence unitaire au Texte, horizon qui assure la fonction répétitive du juge, soit vécu sur le mode d'un comme si, signe d'un écart que l'on assume, n'autorise donc point à en nier l'efficace. Or c'est bien à une telle présupposition que conduit l'analyse dominante des rapports Ancien-Nouveau Régime. Faisant très justement droit aux modifications institutionnelles intervenues dès 1789 sur les deux plans que sont les conditions de production normative et l'aménagement institutionnel sensu stricto, une telle analyse méconnaît cet autre plan qu'est celui d'une perpétuation modalisée des idéaux logiciens au regard desquels fonctionnera le discours juridique. Bien plus, acceptant les traces d'un tel idéal dans l'analyse révolutionnaire de la fonction de juger et conséquemment la volonté du législateur de l'époque de réduire institutionnellement tout pouvoir créateur du juge, il est implicitement considéré qu'un tel idéal (pris toujours au sens évidemment d'idéal effectuant) et sa conséquence négative sur le pouvoir du juge est inexistant dans le système antérieur à la Révolution. La réalité nous paraît plus complexe. Les mutations révolutionnaires nous paraissent avoir cette double portée d'à la fois réduire l'ordre du comme si à l'ordre d'une identification réelle et de modifier le cadre institutionnel en vue de l'aligner sur les exigences de l'idéal logicien. La première portée se comprend aisément : les révolutionnaires ont entendu ainsi rendre compte de l'opération de jugement à l'aide des seules données de la logique formelle, comme si l'analyse syllogistique de cette opération épuisait l'ensemble des opérations de discours qui là s'effectuait. Cette considération, non purement doctrinale, était liée à la volonté d'élaborer un système légal aux concepts univoques. Il ne s'agit plus de faire comme si le système normatif était cohérent, et de fonder sur ce comme si une herméneutique guidant la recherche du sens par le juge; la loi dans sa clarté commande : elle est à appliquer et non à interpréter. La seconde portée est encore plus manifeste : comme on l'a vu les diverses modifications institutionnelles traduisent explicitement la volonté de supprimer les forces centrifuges : il s'agit d'inscrire tant la production normative que l'aménagement des institutions de jugement dans le jeu

d'une figure unitaire, respectivement celle du Texte et de son auteur le Législateur, et celle d'un Tribunal suprême, figure redoublant la première par sa fonction. La prégnance du modèle logique sur ces deux plans est d'ailleurs reconnue par l'ensemble de la doctrine.

Un historien du droit, M.P. Legendre met lui aussi l'accent sur la continuité fondamentale qui existe entre l'Ancien et le Nouveau Régime, sans cependant suffisamment modaliser, nous paraît-il, les transformations que cette continuité révèle. Comme cet auteur l'indique : "...la Révolution a nationalisé la logique, ni plus, ni moins, en laïcisant le discours théocratique. De la sorte et par des techniques minutieuses, grâce au savoir-faire des juristes entraînés de longue date à capitaliser les textes, l'Etat libéral s'est montré tout entier construit sur ce vieux terrain sédimentaire et sans altérer les figurations symboliques ni les arrangements traditionnels" (57). Dans le même ordre d'idées, mais appliqué à un objet particulier, il relève que "le phénomène de constitution d'un droit public typiquement centraliste, monarchiquement construit et capable de résoudre tous les conflits de sa mouvance par un ordre de procédure apte à subir les remaniements, trouve dans l'histoire du droit pontifical fixé par la pratique classique son archétype" (58).

§3. La prétendue coupure post-révolutionnaire.

Le système mis en place par le constituant de 1789 ne se maintiendra pas comme tel. Des transformations vont se produire qui affecteront la signification même du système. Telles sont les deux questions qu'il nous faut maintenant rapidement analyser.

L'histoire des transformations subies par le système révolutionnaire trouve à s'exprimer, comme le signale très justement

(57) P. LEGENDRE, "La royauté du droit administratif...", loc.cit., p.698.

(58) ibidem, p.701; dans le même sens voy. G. LE BRAS, "Les origines canoniques du droit administratif" in L'évolution du droit. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre, Paris, 1956, pp.395-412.

F. Génv (59), dans celle de cette double institution créée en 1790 : le référé législatif général de l'art.12 de la loi des 16-24 août 1790 et le Tribunal de cassation, soumis au référé législatif particulier réglé par l'art.21 de la loi des 27 novembre-1er décembre 1790.

Sans décrire ici la pratique à laquelle conduisit l'institution du référé législatif général (60) ni les abus auxquels elle donna lieu sous le régime de la Convention, il est intéressant de noter que son abrogation progressive correspond à un accroissement parallèle des pouvoirs du Tribunal de cassation. C'est en effet tout en reprenant à son propre compte la mission régulatrice et unificatrice dévolue au Corps législatif par l'art.12 de la loi des 16 et 24 août 1790 que le Tribunal suprême fait prévaloir une interprétation de ce même art.12 qui en supprime les effets contraires. Ce mouvement jurisprudentiel est amorcé par une décision du 15 floréal an IV (61) au terme de laquelle le Tribunal de cassation considère que "si les tribunaux ordinaires avaient le droit de référer autrement que par la correspondance avec le Ministre de la Justice, conformément à l'art.149 dudit acte constitutionnel, ce ne pourrait être que pour demander, ou une loi générale, ou l'interprétation d'une loi applicable à des cas à venir, et non à des cas arrivés...". Remarquons que se trouvaient ainsi remise en lumière l'ambiguïté déjà relevée de l'art.12, ambiguïté liée à la présence du terme "mais" (voy. sur ceci supra), pour cependant la trancher dans un sens autre que celui adopté en 1790. L'abrogation du référé n'était néanmoins point totale puisqu'était réservée la faculté du référé au Ministre. Le Tribunal de cassation se fit cependant plus ferme dans son arrêt du 21 fructidor an VII par lequel il arrêta que la disposition de l'art.12 dont

(59) F. GENY, op.cit., p.85.

(60) Elle a été très bien décrite par Y.L. HUFTEAU dans son ouvrage déjà cité (pp.30 et sv.). Signalons seulement qu'elle fut relativement importante et que la doctrine en soulignait la nécessité à raison du besoin ressenti, comme le signale un auteur de l'époque dans la Gazette des nouveaux tribunaux, d'imposer aux juges une "uniformité de croyance" (cité par Y.L. HUFTEAU, op.cit., p.51).

(61) Journal de la Justice civile militaire et criminelle, t.I, p.328.

question "n'est relative qu'à des questions générales et indéterminées, et ne peut être étendue aux affaires particulières dont les tribunaux sont saisis" (62). Corrélativement, l'interprétation donnée par les juges du fond, à l'occasion de l'exercice de leur fonction de juger, à une loi même qualifiée d'obscur sera soumise au contrôle du Tribunal suprême, ce qui entraîne une extension des hypothèses couvertes par l'ouverture à cassation déduite de la fausse application de la loi, réduite au départ au seul cas de "négation" expresse de la loi pour reprendre l'expression de Y.L.Hufteau (63-64). Cette abrogation jurisprudentielle trouvera, enfin, dans les art. 4 et 5 du Code civil sa consécration légale. Une première modification, d'importance, était ainsi apportée à l'organisation de la fonction de juger telle qu'établie par le législateur révolutionnaire. Une seconde allait bientôt apparaître : elle confirmera la même tendance et produira les mêmes effets; il s'agira de la suppression du référé législatif auquel était soumis le Tribunal de cassation.

Renforcée par la constitution de l'an III (65), supprimée, semble-t-il, par la loi du 27 ventôse an VIII (66), restaurée

(62) Bulletin civil, an VII, p.484.

(63) La différence est de degré et non de nature.

(64) op.cit., p.88, F. GENY, (op.cit., p.93) parle de l'adjonction d'une cause nouvelle de censure, celle de la "fausse interprétation de la loi".

(65) L'art.255 de la Constitution de l'an III dispose ce qui suit : "Lorsque après une cassation, le second jugement sur le fond est attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question ne peut plus être agitée au Tribunal de cassation, sans avoir été soumise au Corps Législatif, qui porte une loi à laquelle le Tribunal de cassation est tenu de se conformer", in C.M. GALISSET, Corps du droit français, ou Recueil complet des lois, décrets, ordonnances, arrêtés, senatus consultes, règlements, avis du Conseil d'Etat, publiés depuis 1789 jusqu'à 1825, t.I, II^e partie, p.1404.

(66) L'art.78 de cette loi dispose que "lorsque après une cassation le second jugement sur le fond, sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question sera portée devant toutes les sections réunies du Tribunal de cassation" (in C.M. GALISSET, op.cit. t.I, II^e partie, p.2100). La loi ne se prononce pas, cependant, sur la portée de l'arrêt rendu en Chambres réunies, et donc sur ce qu'il adviendrait en cas de méconnaissance, par la juridiction de renvoi, du point de droit tranché par cet arrêt.

par la loi du 16 septembre 1807, la procédure du référé législatif fut supprimée, moyennant réserve, par la loi du 30 juillet 1828 (67) et, définitivement par la loi du 1er avril 1837. En droit belge, cependant, la procédure, instaurée au nom du principe de la séparation des pouvoirs par la loi du 4 août 1832, ne disparaîtra que par les effets de la loi du 7 juillet 1865 (68). Le régime alors mis en place est le suivant : si, après une première cassation, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens que ceux du premier pourvoi, la cause est portée devant les Chambres réunies; par ailleurs, si cette deuxième décision est annulée "par les mêmes motifs que ceux de la première cassation, le juge du fond, à qui l'affaire est renvoyée, se conforme à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour" (art.2 de la loi du 7 juillet 1865).

Se trouve ainsi abolie, souligne M.Y.L.Hufteau, la dernière des deux entraves institutionnelles érigées par le constituant de 1790 à la reconnaissance du pouvoir d'interprétation et du rôle régulateur du Tribunal de cassation, dénommé dès l'an VIII Cour de cassation. La portée, cependant, d'une telle reconnaissance et plus généralement, de la double transformation que traduit la suppression du référé législatif tant général que particulier pose question.

(67) Est réservée l'obligation d'en référer "au Roi, pour être ultérieurement procédé par ses ordres à l'interprétation de la loi" (art.2 de la loi du 30 juillet 1828, in C.M. GALISSET, op.cit., t.III, p.675). Cette réserve unique consacre donc la suppression du référé avant dire droit.

(68) L'extension de compétence du Tribunal de cassation à la Belgique, est prévue par le décret du 16 frimaire an IV (voy. sur ceci, Procureur Général JANSSENS, "Du fait à la Cour de cassation", discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er octobre 1909, p.3); sous le régime hollandais, le principe d'une Cour suprême unique ne connaissant point du fond des affaires fut abandonné (sur ceci voy. notamment le discours de rentrée du Procureur Général près la Cour d'Appel de Liège, M.G. POTVIN, "La Cour de cassation de Liège", séance du 1er septembre 1960, passim et surtout pp.16-17).

Ici encore, à l'instar de la lecture qui est généralement faite de la rupture qu'avait opérée le législateur révolutionnaire, on raisonne traditionnellement en termes de coupure. Ainsi F.Gény affirme que le résultat d'une telle évolution juridique "se montre dans la plus franche contradiction avec son point de départ juridique" (69). Dans le même ordre d'idées, cet auteur parle des "illusions révolutionnaires... désavouées par la suite" (70). M.C.Cambier signale la fin des "chimères" (71) ou de l'"utopie" (72). MM. Y.L.Hufteau et S. Belaid dans leurs ouvrages cités, y voient la marque d'une restauration et reconnaissance nécessaires du pouvoir créateur de droit des organes de jugement. Et l'on pourrait multiplier les références.

A nouveau, néanmoins, on peut se demander si une telle appréciation ne devrait pas être nuancée, tant il est vrai que les présupposés qui conduisent à une telle conclusion paraissent identiques à ceux qui justifiaient celle relative à la portée des transformations apportées par le législateur révolutionnaire à l'organisation de la fonction de juger sous l'Ancien Régime. Ici aussi, en effet, critère est pris de la mise en oeuvre du principe de la séparation des pouvoirs pour rendre compte du fonctionnement effectif du discours juridique. Plus précisément, la reconnaissance par la doctrine du passage affirmé d'une discursivité juridique réduite à l'application des seuls schèmes de la logique formelle à une discursivité plus complexe, signe d'un fonctionnement de discours qui ne soit point purement auto-reproducteur mais qui soit au contraire non clôturé, repose sur la constatation de la maîtrise institutionnelle qu'a le pouvoir judiciaire sur l'opération de déchiffrement du sens de la loi. Le passage de la volonté révolutionnaire d'une clôture logicienne du discours du juge à la renaissance, au profit de ce dernier, de la possibilité d'un discours ouvert est déduit du transfert au juge du pouvoir d'interpré-

(69) F. GENY, op.cit., p.95.

(70) ibidem, p.74.

(71) C. CAMBIER, La responsabilité de la puissance publique et de ses agents, op.cit., p.39.

(72) C. CAMBIER, Principes du contentieux administratif, op.cit., p.27.

ter que le législateur s'était réservé (73). N'est-ce pas cependant réduire la problématique du pouvoir créateur, de la structure ouverte ou non clôturée du langage juridique à une dimension purement instrumentale? Que les organes judiciaires retrouvent un pouvoir qu'on avait voulu leur ôter ne peut être contesté; la capacité de lecture sur le droit qu'ainsi il retrouve n'en reste pas moins fonction, vu la nature langagière du discours juridique, d'une précompréhension liée à la représentation que l'on se fait de ce discours. Or la mutation institutionnelle que traduit l'abolition du double référé législatif s'accompagne d'une perpétuation modalisée des idéaux logiciens qui animaient le législateur révolutionnaire. Ces idéaux ne se traduisent évidemment plus dans la forme réductionniste que leur imprimait les révolutionnaires de 1789 : leur portée symbolique n'en est peut-être que plus féconde. A deux niveaux, se manifeste cette "perpétuation modalisée" des idéaux logiciens : celui de l'interprétation proprement dite et celui du cadre institutionnel dans lequel s'exerce la fonction de juger.

Sans rentrer ici dans la problématique de l'herméneutique juridique (sur celle-ci cf. infra, 1ère partie, titre II), il nous suffit d'indiquer, ce que nous démontrerons lors de l'étude de ce problème spécifique, que les présupposés de complétude, de cohérence et d'unicité de sens qu'avaient mis en avant les juristes révolutionnaires continuent à dominer le travail d'interprétation. Par évidence, ils ne sont plus appliqués au niveau de la loi sensu stricto, prise comme source unique du droit. C'est en termes décisifs, on le sait, que Portalis, à l'occasion de la discussion du projet de Code civil, a fait un sort aux "utopies" révolutionnaires qu'il exprimait en une formule suggestive : "on raisonne, souligne-t-il, comme si les législateurs étaient des dieux et comme si les

(73) Cette superposition des deux plans est très explicite notamment dans un passage de M.Y.L. Hufteu ; à propos de la jurisprudence du Tribunal de cassation abrogeant le référé législatif général, cet auteur la qualifie de "victoire sur le pouvoir législatif, (car)...le tribunal avait eu une jurisprudence qui était même contra legem; le Tribunal de cassation avait su se substituer au législateur à mesure que celui-ci oubliait qu'il était le "centre" et "l'impulsion du gouvernement", victoire enfin qui équivaldrait à un affranchissement de "la tutelle législative" (op.cit., pp.90 et 103).

juges n'étaient même pas des hommes" (74). Ces mêmes présupposés sont cependant transposés au niveau de l'ensemble du système de droit. Les illusions légalistes de Robespierre et consorts sont dévoilées et récusées; avec elles, celle de l'automatisme de l'opération de juger et son corrélat, le double référé législatif. L'illusion d'être démasquée dans sa non-réalité renaît cependant dans l'ordre opératoire de la fiction, celui du comme si : l'inévitable reconnaissance des silences et obscurités de la loi conduit à transposer le postulat de l'unité harmonique du Texte au système normatif. Le professeur Hufteau l'a bien remarqué, ce qui rend d'ailleurs sa conclusion précitée paradoxale, nous paraît-il, lorsqu'il constate : "lorsque la Cour de cassation triomphera du référé législatif, le juge sera moins soumis à chaque loi particulière qu'à l'ensemble des lois considéré en tant que système" (75). A l'unité ancienne se superpose une unité de type structural, entraînant à la fois mobilité par le jeu des reconstructions qu'opèrent les modifications d'élément et détermination du sens de ces derniers par référence au tout.

Au niveau du cadre institutionnel, se repère aussi une continuité, affectée de réserves, entre les périodes révolutionnaires et post-révolutionnaires. Cette continuité institutionnelle est d'ailleurs en relation directe avec celle que manifeste la représentation systémique de l'ensemble normatif : l'une et l'autre se redoublent et se conditionnent. La continuité dont il est ici question se situe dans le sillage même de la mutation interprétée comme rupture. En effet il est symptomatique de constater que, dans l'opinion dominante, est totalement neutralisé le fait que l'abrogation du double référé ne se soit opérée que concomitamment à la réinsertion du travail de déchiffrement du sens sous le sceau de l'unité, en l'espèce l'unité institutionnelle. C'est en effet le Tribunal de cassation (et ultérieurement la Cour de cassation) qui a récupéré le rôle antérieurement dévolu au Législateur. Le passage de l'un à l'autre présente cette caractéristique d'assurer le res-

(74) P.A. FENET, op.cit., t.VI, Paris, 1827, p.359.

(75) Y.L. HUFTEAU, op.cit., p.2.

pect de la croyance en l'unicité de sens. L'extension des pouvoirs de la Cour de cassation, réalisée par l'abrogation du référé législatif général essentiellement, n'a fait que permettre à cet organe de réaliser la fonction "d'uniformisation des principes" pour laquelle on l'avait instauré. Unicité de sens, présupposé d'univocité du langage juridique, unité systémique, telle est la série posée par l'idéal logicien et que ne remet nullement en cause la mutation institutionnelle traditionnellement interprétée comme signifiant abandon des "chimères" dont parlait Portalis. Bien plus, dirons-nous, le transfert à la Cour de cassation de la mission régulatrice de l'interprétation des normes assure la viabilité, l'effectuation de l'idéal logicien; M. Hufteu le signale très justement : "La jurisprudence de la Cour de cassation remplace peu à peu l'interprétation sur référé, ou plutôt comble le vide que laissait une institution incapable de remplir son rôle" (76). Le mécanisme du référé législatif fonctionnait mal, ou mieux ne fonctionnait pas. Modifier techniquement le mécanisme en maintenant l'idéal dont il est la traduction devenait une nécessité. La Cour de cassation, par ses caractères mêmes, présentait ce double avantage d'assurer l'efficacité du mécanisme tout en sauvegardant le caractère monologique du discours juridique. Cette transposition, si elle impliquait reprise, entraînait modalisation. Il y a équivalence et non identité. Se rejoue là le passage au comèsidjà vu au plan de l'herméneutique juridique.

Ainsi, on le voit, la transformation qui affecte, à la fin de la période révolutionnaire, l'organisation de la fonction de juger et qui la fixe dans un cadre qui est encore le nôtre peut difficilement, nous semble-t-il, s'analyser comme signifiant coupure, comme créant, pour reprendre l'expression de Gény, un système contradictoire par rapport au précédent. A l'inverse, nier la mutation serait puénil. Quelle portée intermédiaire alors lui reconnaître? Elle est double, nous paraît-il. D'une part, comme nous le verrons d'une manière plus explicite à propos de l'étude de l'interprétation en droit, l'univers du discours juridique ne s'épuise plus dans celui de la logique formelle : l'idéal logicien se vit sur le mode ~~du~~ comme si.

(76) ibidem, p.140.

Sur le plan institutionnel, d'autre part, la mutation est moins significative. L'aménagement des institutions en fonction des exigences de l'idéal logicien subsiste fondamentalement; autonomisation de la fonction de juger, mise en forme rationnelle des institutions de jugement constituent toujours des caractéristiques premières de même que les conditions de production normative favorisent toujours l'émergence d'une unité textuelle. Si l'apport révolutionnaire subsiste ainsi, c'est cependant moyennant les modalités qu'on a vues, liées à la reconnaissance nécessaire d'une autonomie dans l'exercice de la fonction de juger.

Au terme de ce survol d'une période historique où l'on s'accorde à reconnaître la naissance du système qui conditionne encore maintenant les rapports du juge au législateur, il apparaît ainsi que les liens qui unissent les trois périodes distinguées ne sont point antinomiques du point de vue de l'organisation de la fonction de juger qui les caractérisent. La lecture traditionnelle qu'on en fait, en définissant précisément l'approche logicienne de la fonction de juger qui émerge en 1789 soit comme contredisant sur ce plan celle qui dominait la pratique juridique de l'Ancien Régime, soit comme contredite par celle qui dictera les transformations post-révolutionnaires, repose en dernier ressort sur une approche dualiste de la référence logicienne de l'organisation de la fonction de juger, approche que l'on retrouvera ci-dessous dans les débats plus théoriques sur la logique juridique et dans la philosophie du droit elle-même. Une telle approche, au niveau où nous sommes, méconnaît cependant le mode proprement symbolique sur lequel fonctionne cette référence logicienne : au-delà de l'alternative réductrice de l'inféodation du discours juridique à l'unité logique du Texte (période révolutionnaire) ou de son affranchissement (périodes pré- et post-révolutionnaires), il importe de repérer le jeu d'une inféodation par le jeu d'une fiction opérante: l'unité textuelle, ainsi que ses corrélats de complétude et de cohérence, à défaut d'être posés, sont supposés et transposés au plan du système. La symbolique de l'unité centraliste est là qui fonc-

tionne...de plus en plus si l'on en croit les transformations proprement institutionnelles que ce survol historique a dévoilées. C'est précisément la permanence de cette même symbolique dans notre organisation contemporaine de la fonction de juger que nous voudrions maintenant montrer.

Section 2 . Modèle unitaire et univocité du langage juridique.

Il s'agit donc ici, à la suite des développements qui précèdent, de repérer dans l'organisation contemporaine de la fonction de juger, les traces de l'idéal logicien au sein duquel fonctionne notre discours juridique. De ce point de vue, trois dimensions de cette organisation de la fonction de juger nous ont parues significatives, sans que pour autant nous ne prétendions qu'elles en épuisent la complexité : celle que traduisent les principes qui guident les aménagements et réaménagements des institutions de jugement; celle liée au problème de l'éventuelle responsabilité de l'Etat du fait des actes juridictionnels; et enfin celle liée à la considération de la fonction d'une Cour de cassation.

§ 1. Aménagement des institutions de jugement.

La mise en forme rationnelle des institutions de jugement était, on l'a vu, une caractéristique de l'oeuvre révolutionnaire. Il s'agissait d'aligner les principes d'organisation de l'appareil de justice sur ceux qui fondaient la production normative : à l'unité logique du droit devait correspondre celle de l'ensemble institutionnel. A un appareil juridictionnel que caractérisaient la dispersion et la diversité nées d'une absence de coordination efficace, se substituait ainsi un ensemble uniformisé et unifié par une organisation interne hiérarchisée et centralisée. Trois facteurs venaient cependant modaliser cette "rationalisation", l'importance accordée au principe de l'arbitrage (77), la restauration du principe d'une justice retenue au profit de la puissance gouver-

(77) L'art.1 du Titre I de la loi des 16-24 août 1790 dispose ainsi que "l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromis". De même, il n'est pas sans intérêt de noter qu'un juriste comme Duport, malgré la séduction qu'avait sur lui l'idéal logicien, accordait une faveur extrême aux procédés de l'arbitrage (procédé qui pour lui implique l'application non de la loi mais des convenances) et de la conciliation et ceci pour la raison que "plus que tous les autres, ils réveillent et raffermissent dans le coeur de l'homme, les notions primitives de la morale et de l'équité; (qu') ils sont l'image naïve de la simplicité et de la candeur des premiers âges" (op.cit., p.60).

nementale et enfin la reconnaissance, au sein de l'organisation judiciaire, de juridictions d'exception. La faveur accordée à l'arbitrage s'estompa très rapidement, on le sait, au profit du mode judiciaire de solution des conflits de droit (78). Les deux autres modalités par contre eurent une importance plus importante.

Le principe d'unité de juridiction, condition pour une organisation totalement unitaire de l'appareil de justice, ne semble appliqué par aucun législateur : ainsi que l'indique le professeur C. Cambier, "l'attribution à un seul ordre d'institutions de la connaissance de tous les conflits de droit n'est réalisée nulle part" (79). De ce point de vue, on peut dire que la deuxième modalité dont les révolutionnaires affectaient le modèle unitaire qui leur servait de base à la reconstruction du système juridictionnel apparaît, sinon incontournable, du moins incontournable. Une telle constatation nécessite cependant deux remarques.

La première est que la non-application du principe d'unité de juridiction justifie des organisations techniques différentes de l'appareil de justice qui peuvent être regroupées, comme on l'a montré, en "institutions des pays à régime administratif" et "institutions des pays à régime judiciaire" (80). A la différence des premières dont l'aménagement repose sur "cette idée que l'administration est séparée du judiciaire, qu'elle ne peut se laisser contrôler que par elle-même", les secondes, au contraire, sont organisées de manière à accorder une prééminence aux organes du judiciaire, lesquels ont une compétence générale bien que non illimitée : dans ce dernier régime "l'unité du pouvoir de juger...paraît si indispensable que l'on s'efforce de la maintenir malgré le développement des juridictions spécialisées

(78) On peut remarquer, cependant, à tout le moins pour certains contentieux tels ceux qui caractérisent le milieu du commerce international, un retour au procédé de l'arbitrage comme mode privilégié de solution des conflits.

(79) C. CAMBIER, Principes du contentieux administratif, t.II. Les juridictions administratives et les organes d'administration contentieuse, Bruxelles, 1964, p.13.

(80) ibidem, p.14.

en matière d'administration...,(cet) effort s'exprime...par une distinction qui peut se formuler ainsi : le juge administratif est spécialisé, mais il ne saurait être autonome" (81).

La seconde remarque est plus significative du point de vue qui nous occupe. C'est qu'en effet on constate que quel que soit le régime adopté, régime administratif ou régime judiciaire, le législateur essaye en quelque sorte de recombler l'écart qu'il avait fait par rapport au modèle unitaire en dérogeant au principe d'unité de juridiction. Les effets de dispersion vont être contenus : c'est par la tentative de reconstituer en un tout achevé, cohérent et centralisé l'ordre juridictionnel ainsi détaché du judiciaire. Réalisable et réalisé au sein du régime administratif, cette tentative présente des difficultés en régime judiciaire (82).

C'est cependant dans le cadre de cette dernière tentative qu'il faut situer, pour partie, l'instauration, dans notre régime judiciaire, d'un Conseil d'Etat. Sans rentrer ici ni dans les motifs spécifiques qui ont justifié en Belgique la création d'une telle institution, ni dans le relevé des facteurs qui n'en font point l'organe suprême qui assurerait à notre système de juridiction administrative les qualités d'un "tout achevé" (83), il

(81) J.C. ESCARRAS, Les expériences belge et italienne d'unité de juridiction, Paris, 1972, p.7.

(82) Ainsi M.C. Cambier note que le régime administratif français connaît des juridictions administratives organisées sous forme "d'un tout achevé, d'un véritable ordre juridictionnel... (ordre qui) a ses tribunaux échelonnés avec, à sa tête, une Cour suprême : le Conseil d'Etat" (op.cit., t.II, p.17). A propos des régimes judiciaires dont, on le sait, le système belge est une des applications, le même auteur relève l'existence "d'une dispersion difficilement réductible" et le fait que "là où des tentatives d'élaboration dans un tout coordonné aboutissent, force est, du reste, de constater que c'est par la formation d'un ordre prenant place au sein du pouvoir judiciaire lui-même" (ibidem, p.23).

(83) Voy. pour une synthèse très claire sur ceci, J.C. ESCARRAS, op.cit., pp.241-243.

importe cependant de noter que la création du Conseil d'Etat traduit, par la voie du contentieux de légalité qui lui échoit, très expressément la prégnance du modèle unitaire au plan des juridictions administratives. Les travaux parlementaires attestent d'ailleurs cette idée. Ainsi M. Carton de Wiart soulignait que le Conseil d'Etat "contribuera, par l'unité de la jurisprudence administrative, à une plus grande cohésion nationale" (84). La même idée est réexprimée de manière très explicite par M. Kluyskens lorsque, pour critiquer l'amendement introduit par M. Van Glabbeke visant à soumettre les arrêts du Conseil d'Etat à la censure de la Cour de cassation en cas de violation de la Constitution, il fait remarquer : "Le Conseil d'Etat est destiné comme organisme supérieur d'administration à fixer lui-même l'unité de la jurisprudence administrative, et vous voudriez faire intervenir au-dessus du Conseil d'Etat la Cour de cassation : il y a là une confusion complète dans vos idées" (85). La même idée enfin est encore reprise par le rapporteur du projet de loi au Sénat, sous une forme cependant qui traduit très bien la liaison à faire entre les idées d'unité, de cohérence et d'harmonie; M. Van Remoortel en effet reprend à son compte, pour justifier la création d'un Conseil d'Etat, un motif déjà avancé par E. Picard : "notre législation ne présentera une unité sérieuse, un ensemble solide au point de vue du pouvoir de juger... que lorsque la juridiction administrative, dans toutes ses applications et à tous les degrés, aura la cohésion et l'harmonie de nos tribunaux actuels" (86). Si ainsi la fonction reconnue

(84) in "Création d'un Conseil d'Etat", Recueil des travaux parlementaires relatifs à la création d'un Conseil d'Etat jusqu'à la date du 5 juillet 1939, (Chambre des Représentants, séance du 19 octobre 1937), p.354 .

(85) ibidem, (Chambre des Représentants, séance du 7 avril 1938), p. 458. Le Procureur Général Hoyoit de Termicourt énonce la même opinion ("Le Conseil d'Etat et le pouvoir judiciaire", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 15 septembre 1939, p.24 note 3).

(86) ibidem, (Sénat, séance du 4 juillet 1939), p.522; voy. aussi sur l'idée d'harmonie en rapport avec la compétence dévolue à la Cour de cassation pour trancher les conflits d'attribution, Procureur Général Hoyoit de Termicourt, op.cit., p.33.

au Conseil d'Etat comme haute cour de justice administrative traduit bien la restauration d'une symbolique unitaire dans le creux même d'un mouvement qui paraissait y échapper, il faut remarquer que la fonction qui lui est octroyée comme conseil collatéral du gouvernement et du Parlement est tout aussi significative. Bien que cette dernière fonction soit sans rapport direct avec le problème de l'organisation juridictionnelle, il n'est pas sans intérêt de signaler, à titre incident, l'esprit qui a présidé à la création de la section de législation du Conseil d'Etat, vu ses liens intimes avec les idées ci-avant dégagées relativement à l'instauration de la section d'administration de ce même organe. Les mêmes idées d'unité -harmonie-cohérence y sont, en effet, présentes, transposées évidemment au plan de la norme légale. Comme le souligne le député Legros, ce qui est poursuivi à travers la réforme proposée c'est d'apporter "à notre droit...un peu de clarté et d'harmonie" (87). Ce qui est expressément mis en cause, c'est, ainsi que l'exprime un sénateur en reprenant une citation de M. Thonissen (88), le "manque d'ensemble et d'unité de la législation,

(87) ibidem, (Chambre, séance du 20 octobre 1937), p.390.

(88) Le professeur Thonissen s'exprimait ainsi : "Nos lois se modifient sans cesse, les unes dérogent aux autres ou y ajoutent quelques articles, et l'on peut dire, sans aucune exagération, que la législation belge, pour peu que ce système continue à être appliqué, deviendra un véritable chaos", cité par le Procureur Général HAYOIT de TERMICOURT, op.cit., p.4. Signalons que le Procureur Général R. Janssens, alors Avocat Général, a lui aussi repris à son compte cette même idée : "nos lois ne sont pas seulement mal faites, elles manquent relativement aux différentes matières qu'elles doivent régler, d'ensemble et d'unité" ("De l'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er octobre 1902, p.6). L'éminent magistrat attribuait cette disharmonie non seulement à la multiplicité croissante des interventions du législateur, mais aussi à la circonstance que, le "facteur travail" ayant "pénétré dans le Palais législatif", et étant devenu "lui-même législateur" (p.8), le débat parlementaire est nourri d'intérêts personnels contradictoires (p.9).

(le fait) que tout n'y est que désordre et confusion" (89). La section de législation est là pour y remédier préventivement : comme le dit très justement le Procureur Général Janssens, il s'agit là d'une "institution composée d'hommes de science et d'expérience, faisant de la connaissance des lois et de leur rédaction, une étude spéciale, ayant pour mission de les coordonner, de maintenir l'unité parmi elles, en un mot de légistes de profession" (90). Réapparaît ainsi sous une autre forme l'idéal logicien, les légistes traduisant ici à travers leur fonction, comme le dit judiciairement M.P. Legendre, "un pouvoir, l'un des plus traditionnels qui soient dans notre univers centraliste, celui-là même des logiciens" (91).

Il y avait, on l'a vu, une troisième modalisation importante du modèle unitaire dans l'organisation du système juridictionnel à l'époque révolutionnaire : la reconnaissance des juridictions d'exception. Si l'on se limite à l'ordre juridique belge on peut dire avec le commissaire royal à la Réforme judiciaire, M. Ch. Van Reepinghen, que la distinction entre tribunaux ordinaires et tribunaux d'exception, "familière sous l'Ancien Régime, maintenue sous la Révolution française par la loi du 16 août 1790, (fut) admise implicitement au moins par la Constitution belge (art.94 et 105), consacrée par la loi du 25 mars 1876 (art.8), mise en oeuvre par les lois d'organisation judiciaire..." (92), et, ajouterons-nous, maintenue à la base du réaménagement des institutions de jugement opéré par le Code judiciaire du 10 octobre 1967. Cependant, si le Commissaire royal Van Reepinghen a ainsi repris à son compte, au terme de

(89) ibidem, (Sénat, séance du 4 juillet 1939), p.510; voy. aussi des passages significatifs chez H. VELGE (L'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique), Louvain, 1930, pp.132-144-146.

(90) ibidem, p.11.

(91) P. LEGENDRE, "Prestance du Conseil d'Etat (A propos d'un livre récent)", Revue historique de droit français et étranger, 1975. (53), p.631.

(92) Ch. VAN REEPINGHEN, Rapport sur la Réforme judiciaire, t.I, Bruxelles, 1964, p.67.

son remarquable travail, la distinction précitée, ce n'est pas sans y avoir apporté des nuances qui tendent à réinscrire l'organisation du service de la justice dans l'horizon d'une lecture logicienne du discours juridique. Les diverses réformes apportées, sur lesquelles, ici pas plus qu'ailleurs, cela va sans dire, nous ne nous prononçons en opportunité ou en valeur mais dont nous relevons simplement l'esprit, traduisent en effet l'importance accordée au symbole de l'unité, importance justifiée non seulement par les raisons tirées d'une nécessité de simplification dans la dispensation des services mais aussi, dimension qui seule ici nous intéresse, par la volonté de créer autant qu'il est possible les conditions d'un fonctionnement monologique du discours juridique. Tant la justification donnée généralement, et rappelée par le commissaire royal, à la faveur qu'il y a lieu d'accorder au principe d'unité institutionnelle que les réformes proposées et pour partie réalisées expriment cette dimension dont nous dirons plus loin le caractère "mytho-logique" (cf. infra, 2^e partie). Sur le plan des justifications, référence est en effet expressément faite au présupposé de l'unité logique nécessaire du droit (93).

L'argument tiré des réformes proposées est plus complexe. Il faut en effet souligner que les réformes proposées au niveau où nous nous limitons, celui du tribunal de commerce et du tribunal du travail, ne visaient point, comme on l'a parfois prétendu à tort, à uniformiser mais seulement à unir (94). Telle était, effective-

(93) Un des arguments invoqués en faveur de l'unité de juridiction est "l'unité même du droit nonobstant sa complexité" (ibidem, p.68).

(94) L'expression est de M.C. Cambier (Droit judiciaire civil, op. cit., p.421). Le commissaire royal l'exprime d'ailleurs très clairement, commentant son projet de création d'un tribunal d'arrondissement : "...l'unité du regroupement réalisé maintient, on l'a dit, et il faut y insister, tous les avantages de la diversité et de l'autonomie juridictionnelle que l'on a entendu promouvoir" (ibidem, p.109).

ment, la portée du tribunal d'arrondissement nouvellement proposé dont auraient fait partie les tribunaux de première instance, de commerce et de travail. Cette visée unitaire qui avait, on le sait, le très grand avantage de permettre une solution aisée des difficiles problèmes de conflits de compétence ne fut pas acceptée comme telle : tout en maintenant l'existence du tribunal d'arrondissement, on l'a simplement conçu comme une assemblée composée des trois présidents du ressort, maintenant par là une autonomie organique et fonctionnelle aux juridictions du commerce et du travail. Deux autres manifestations par contre de cette "modalisation unitaire" du maintien de l'existence des juridictions d'exception allaient être acceptées : d'une part le siège des juridictions du commerce et du travail est réorganisé de manière à lui assurer la présence de juges professionnels; d'autre part l'office du ministère public apparaît auprès de ces tribunaux. Il s'agit là par ce biais, comme le signale le commissaire royal, reprenant là une idée de M.R. Henrion, "de restituer au juriste la place qui doit être la sienne dans un corps judiciaire" et, par là, de satisfaire aux "exigences d'une logique rigoureuse" (95). Il s'agit d'inscrire les opérations de jugement dans l'univers des légistes, c'est-à-dire pour reprendre l'expression imagée de M.P. Legendre, l'univers des logiciens.

L'esprit est encore plus manifeste lorsqu'il s'agit de justifier la réforme au niveau du tribunal du travail, en tant qu'il s'agissait en plus de réunifier au profit d'une seule juridiction des compétences préalablement exercées par des organes dispersés. A l'appui de cette dernière unification, on fait état des inconvénients liés "à une diversité d'interprétations d'institutions juridiques qui procèdent pourtant, pour la plupart, d'une même inspiration. Elles rendent ainsi impossible la formation d'une jurisprudence cohérente dépassant le cas d'espèce et s'élevant au niveau d'une vision globale du droit de la sécurité sociale" (96). On argue de l'unité logique du droit social dont les dispositions "forment un ensemble et doivent se donner un mutuel appui" et reposent sur des principes généraux à la lumière desquels "les autres disposi-

(95) ibidem, pp.87-88.

(96) ibidem, pp.93-94.

tions doivent être interprétées" : cette "cohésion de plus en plus étroite du droit social" ainsi espérée, note le commissaire royal Van Reepinghen, n'est pas possible si "l'oeuvre de la jurisprudence est dispersée et divergente" (97).

Enfin, remarquons que l'apparition de l'office du ministère public participe, par évidence, de cette même symbolique unitaire quand on sait que cette institution a précisément pour caractéristiques celles d'unité, d'indivisibilité et d'hiérarchie (98).

Ainsi, comme on le voit au terme de ces quelques notations relatives à l'instauration du Conseil d'Etat et à la Réforme judiciaire, là même où, sur le plan de l'organisation juridictionnelle, le modèle unitaire n'avait point étendu ses effets, les institutions paraissent, à des degrés divers, se réorganiser suivant les exigences d'un idéal logicien : l'unité logique de l'instance normative, vécue sur le mode du comme si, conduit naturellement à une construction institutionnelle qui en assure les conditions de possibilité. La symbolique de l'unité centraliste est là qui fonctionne aux divers niveaux : au présupposé de l'unité textuelle correspond, autant qu'il est possible, une organisation unitaire et centraliste qui raréfie ainsi le dire jurisprudentiel.

§2. De la responsabilité de l'Etat du fait des actes juridictionnels.

Comme le titre l'indique, nous nous attacherons ici aux seuls actes des juges et non à cet ensemble plus vaste que sont les actes du service public de la justice (99). Le régime de responsa-

(97) ibidem, p.95.

(98) Le commissaire royal le signale d'ailleurs expressément : "...l'unité du ministère public sera un élément singulièrement plus favorable que ne le serait l'institution d'un parquet du travail autonome, source de divergences, d'inégalités et de conflits... tandis que les bienfaits évidents de l'institution du ministère public dans sa conception actuelle seraient abolis" (ibidem, p.104).

(99) voy. sur ce problème plus général, C. CAMBIER, La responsabilité de la puissance publique et de ses agents, op.cit., pp.323 et sv.

bilité de l'Etat pour de tels actes est simple : sauf l'hypothèse réglée par l'art.447 du Code d'instruction criminelle, "les actes des juges n'engagent point, dans l'ordre interne, la responsabilité civile de l'Etat" (100). Le principe est là qu'il n'y a "contre ces jugements d'autres recours que ceux que le Code judiciaire règle" (101).

Le relevé des divers fondements donnés à ce principe d'irresponsabilité de l'Etat présente, on va le voir, un certain intérêt du point de vue qui nous occupe. Le professeur C. Cambier, dans sa thèse déjà citée, les a clairement exposés : il nous suffira de reprendre la synthèse qu'il nous en donne pour ensuite, dans notre perspective, en évaluer la critique qu'il leur adresse et la solution qu'est la sienne.

Sur un point, l'ensemble des théories s'accorde : "...nulle voix discordante ne s'élève pour contester qu'aucune action en dommages et intérêts n'est ouverte au justiciable victime d'un jugement rendu en dernier ressort" (102), justification de l'irresponsabilité étant tirée là de la présomption légale "res judicata pro veritate habetur" et des nécessités d'ordre public qui fondent une telle présomption. Il reste qu'un tel principe ne recouvre point tous les aspects du problème. Non seulement il ne vise que les décisions rendues en dernier ressort et n'a d'effet qu'à l'égard des parties en conflit, mais en plus, même dans ce cadre restreint, "la loi le tient en échec en prévoyant la rétractation ou l'annulation d'arrêts et de jugements rendus en dernier ressort par le recours aux procédures de la requête civile..., de la demande en révision..., du pourvoi en cassation" (103). A l'égard ainsi des actes non couverts par la justification tirée de l'identification de la chose jugée à la vérité légale, trois théories ont été émises, qui toutes trois, et c'est ce qui nous intéresse, mettent en relation, de manière diverse, l'idéal logicien ou ses corrélats et le principe de l'irresponsabilité de l'Etat pour les actes des juges.

(100) C. CAMBIER, Droit administratif, Bruxelles, 1968, p.575.

(101) ibidem, p.575.

(102) C. CAMBIER, La responsabilité..., op.cit., p.326.

(103) ibidem, p.326.

La première théorie, la plus radicale, est celle de R. Marcq. Contrairement aux principes généralement admis, nous dit-il, hormis les décisions qui ont autorité de la chose jugée, tous les autres actes des juges doivent engager la responsabilité de l'Etat. D'une part une telle solution est exigée par le principe constitutionnel de l'égalité devant les charges publiques; d'autre part, ne point la reconnaître aboutit à ratifier une lecture "religieuse" de l'Etat, à "sacrifier au dogme de l'irresponsabilité de la puissance publique et, opter, en définitive, pour une opinion qui partage le sort précaire "de toutes les formules dans lesquelles les religions révélées ont enfermé leur croyance" (104).

La seconde, défendue par L. Duguit, vise à fonder l'irresponsabilité de l'Etat sur base de la nature même de l'opération de juger. A raison de la structure syllogistique qui définit cette dernière, l'acte juridictionnel est relié à la règle de droit par un lien de nécessité qui le différencie précisément de l'acte administratif.

La troisième enfin, défendue notamment par Hauriou qui en reprend les éléments à Bodin et Henrion de Pansey, vise elle aussi à fonder l'irresponsabilité de l'Etat pour l'ensemble des actes juridictionnels. Remarquons qu'à la différence de celle de Duguit, cette théorie tend à justifier l'irresponsabilité de l'Etat pour tout acte du service public de justice. L'idée de Bodin et d'Henrion de Pansey est que le service de la justice participe d'une nature particulière qui nécessite le régime d'immunité des actes par lequel il s'exerce. Comme le dit Bodin, "il n'y a loi divine ni humaine qui permette de revenger ses injures de fait et de force contre les magistrats...car, s'il est permis aux sujets de se revenger de fait et de force contre les magistrats, on usera des mêmes arguments pour résister au prince souverain et fouler les lois aux pieds" (105). Henrion de Pansey prolonge cette idée.

(104) ibidem, p.327; les dernières expressions citées par M.Cambier sont de R. Marcq lui-même.

(105) J. BODIN, De la république, L.III, chap.5, cité par C.Cambier, ibidem, p.336.

Le service de la justice, note-t-il, doit bénéficier des attributs de la souveraineté; à preuve, continue-t-il, "pour concilier l'obligation de la remplir avec la nécessité de la déléguer, la loi prête à une fiction fort remarquable. Elle identifie le juge avec la personne du prince et suppose que c'est le prince lui-même qui parle par l'organe des juges" (106). Hauriou réaménage ces idées en fonction du régime constitutionnel moderne : les jugements sont rendus, non point au nom de l'Etat, mais bien au nom du peuple : "on n'ose pas dire, ajoute-t-il, que ces actes soient l'oeuvre directe de l'Etat français, tandis que des actes administratifs, on n'hésite pas à le dire" (107).

M.C. Cambier adresse diverses objections à ces thèses. A la théorie de M. Marcq, il oppose d'une part que le principe avancé de l'égalité devant les charges publiques telles qu'interprété par M. Marcq traduit lui-même une lecture dogmatique en tant qu'il est "l'expression d'une dangereuse croyance dans l'imaginaire révélation d'un mythe" (108) au terme duquel l'individu n'aurait que des droits et point de devoirs, et d'autre part son illogisme pour la raison que rien ne justifie plus l'immunité admise par l'auteur pour les décisions coulées en force de chose jugée.

A l'encontre de la thèse de Duguit, il fait valoir que le critère mis en avant, à savoir les traits spécifiques de la mesure prise, ne valent par définition plus à l'égard des décisions annulées ou rétractées dont il s'agit précisément de justifier le régime d'immunité (109). Enfin la théorie d'Hauriou, fait remarquer le même auteur, contredit les transformations constitutionnelles introduites par la Révolution française : "Dans la so-

(106) HENRION DE PANSEY, De l'autorité judiciaire, Bruxelles-Paris, 1820-1834, p.10, cité par C. Cambier, ibidem, p.336.

(107) M. HAURIOU, Précis élémentaire de droit administratif, 5^e éd., Paris, 1943, p.302, cité par C. Cambier, ibidem, p.337.

(108) ibidem, p.328; voy. aussi sur ceci, p.88.

(109) Remarquons que Duguit fait aussi état du rôle social de la fonction pour justifier que "le jugement d'acquiescement ne peut constituer la cause d'une action en dommages-intérêts contre l'Etat" (C. Cambier, ibidem, pp.330-331).

ciété moderne, à l'antagonisme des pouvoirs du prince et du peuple... s'est substituée une séparation des pouvoirs issus d'une même origine : tous les pouvoirs émanent de la Nation" (110).

Pour M.C. Cambier, dès lors, la seule raison est à trouver dans le fait que la charge des juges "est celle d'un pouvoir essentiellement caractérisé par son indépendance" (111). Les exigences de la fonction s'expriment là dans un statut qui justifie le régime d'irresponsabilité de l'Etat.

Les critiques avancées par M.C. Cambier nous paraissent du point de vue où elles se placent particulièrement justifiées. Et cependant, on peut se demander si dans leur radicalité elles ne méconnaissent pas une dimension tout à la fois perçue par Marcq, Duguit et Hauriou. Cette dimension peut apparaître, nous semble-t-il, en quelque sorte négativement de la justification avancée par l'auteur. Sur le plan strictement logique, en effet, on ne voit point au nom de quoi l'indépendance qui très opportunément caractérise l'organisation du pouvoir qui exerce la fonction de juger explique l'immunité qui caractérise, au sens défini ci-dessus, les actes juridictionnels. Il ne serait pas illogique de concevoir, toute question d'opportunité ici mise à part, une responsabilité de l'Etat pour des actes fautifs dommageables commis par ses organes dans l'exercice d'opération de jugement. Autre chose est, nous paraît-il, de garantir l'indépendance du juge par rapport à la puissance exécutive, autre chose est logiquement d'en déduire que l'Etat est irresponsable pour les actes qui traduisent expressément une fonction essentielle à tout Etat, celle de juger. Logiquement les deux problèmes paraissent distincts en tant que le deuxième ne s'épuise pas dans le premier, même si la nature même des fonctions obligerait à une appréciation extrêmement réservée et spécifique du caractère fautif des comportements constitutifs de l'opération de jugement. C'est là que reparaissent les trois théories critiquées par le professeur C. Cambier. Elles traduisent toutes précisément la considération que le régime d'immunité ne s'explique pas uniquement par l'aménagement technique du

(110) ibidem, p.338.

(111) Droit administratif, op.cit., p.575.

cadre dans lequel s'accomplissent les actes considérés. Une dimension supplémentaire s'y surajoute qui explique ce régime. Bien plus, le trait commun qui relie ces trois théories ne se limite pas à cette seule constatation : l'explication est à trouver, considèrent-elles, dans le caractère de discours de vérité qu'il faut nécessairement présupposer à la base des opérations de jugement. Une dimension imaginaire se repère là dans le discours du juge, qui rejaillit sur le statut institutionnel qu'on en donne. Marcq parlera à ce niveau du caractère dogmatique ou religieux qu'une lecture en termes d'irresponsabilité implique; Duguit, assumant au contraire une telle lecture, la justifiera par l'approche logicienne du jugement qui confère à celui-ci son caractère de vérité nécessaire; Hauriou, enfin, s'inscrivant dans la grande tradition classique, mettra en lumière l'identification du juge au Prince, ou plus précisément du docteur de la loi au Pontife, auteur du Texte. Ce n'est pas le moindre de leurs mérites que d'avoir ainsi perçu, comme liée même à cette trace institutionnelle qu'est le régime d'immunité dont question ici, ce que nous nommerons la dimension mytho-logique en laquelle s'enracine le discours du juge. Bien sûr, et M.C. Cambier l'a remarquablement montré, les formulations en quelque sorte techniques dont les trois auteurs précités ont habillé leur intuition prêtent le flan à la critique. Il nous faut les reprendre pour montrer qu'elles n'entament point l'intuition elle-même. Il est tout-à-fait exact que R. Marcq, voulant sortir du dogmatisme constaté, se prononce pour un régime de responsabilité qu'il justifie par le recours à un principe qui restaure à un autre niveau ce qu'il prétendait évincer. De plus, l'illogisme repéré à propos de l'exception non justifiée que constitue l'immunité pour les jugements bénéficiant de la présomption de vérité légale est lui aussi critiquable. Notre propos, à l'inverse, ne vise pas à suggérer telle extension ou telle restriction du régime d'irresponsabilité en application dans notre ordre juridique mais simplement à tenter de déceler les conditions de possibilité d'un tel régime. Les critiques faites à Duguit, outre leur bien-fondé, sont en outre profondément révélatrices. Elles mettent en effet très bien en lumière

la réduction classiquement opérée par nombre de théoriciens. On l'avait d'ailleurs déjà vue à l'oeuvre chez les révolutionnaires, ou à l'inverse et négativement dans la lecture dominante de la portée des mutations opérées par la Révolution dans l'organisation de la fonction de juger. Duguit prétend rendre compte de l'opération du juge à l'aide du seul modèle logique fourni par la logique formelle, méconnaissant ainsi, non seulement, comme nous le verrons sur base des travaux notamment de M.C. Perelman, d'autres dimensions, mais aussi l'ordre du comme si sur lequel fonctionne l'idéal logicien dans le droit. Enfin, vouloir enfermer dans la technique constitutionnelle ce qui est de l'ordre de la représentation conduit Hauriou à des durcissements mis en lumière par le professeur Cambier qui, à juste titre, signale que "tout l'agencement du service de la justice dans l'Etat moderne témoigne qu'il est intégré, comme les autres fonctions, aux pouvoirs investis par la Nation" (112). Ce dernier agencement constitutionnel n'empêche point, cependant, cette réalité d'un autre ordre qui nécessite une lecture "dogmatique", pour reprendre l'expression de R. Marcq, du pouvoir quand il juge (113) et traduit ainsi ses attaches avec un idéal logicien vécu sur le mode du comme si.

§3. Fonction de la Cour de cassation et présupposé d'univocité du langage juridique.

Comme le titre l'indique, il s'agit ici d'interroger un troisième niveau de la réalité institutionnelle du droit, celui de la Cour de cassation, dont on a déjà pu remarquer l'importance du point de vue qui nous occupe. L'interrogation, bien sûr, ne

(112) "La responsabilité...", op.cit., p.338.

(113) Remarquons que M.C. Cambier a montré (ibidem, p.378) qu'à la base de la loi du 18 juin 1894 (art.447 du Code d'instruction criminelle), fonctionne précisément cette idée qu'il faut "prévenir l'ouverture de débats judiciaires qui révéleraient les lacunes et les erreurs d'un service auquel il leur (les auteurs de la loi) paraissait indispensable de conférer l'apparence d'une certaine infaillibilité".

porte pas sur les multiples aspects, particulièrement complexes, que la définition de la fonction de la Cour suprême, et par là de sa compétence, pose en droit positif, belge en l'espèce. Nous attachant à déceler la représentation dominante qui se dégage de l'organisation institutionnelle de la fonction de juger et qui, de ce fait, conditionne la production du discours juridique, conditionnement renforcé par la nature langagière du droit, nos investigations porteront sur la conception liée à l'exercice par la Cour suprême de la fonction principale qui lui est attribuée par l'article 95 de la Constitution.

Pour ce faire, nul mieux que les Procureurs Généraux près la Cour de cassation ne nous ont paru susceptibles de traduire cette conception. Si l'on doit reconnaître avec le professeur J. Dabin que les tendances doctrinales énoncées dans les mercuriales de ces éminents magistrats ne constituent point un "ensemble doctrinal cohérent et achevé" (114) et, de ce fait, que rien ne peut remplacer l'étude des arrêts, notre objet même, qui n'est point de droit positif, justifie au contraire la place privilégiée qu'il nous faut donner aux mercuriales ou autres discours solennels de ces mêmes magistrats. L'autorité de leurs auteurs et l'importance particulière du Parquet de cassation dans l'exercice par la Cour de sa mission constitutionnelle renforcent, par ailleurs, la signification de ce matériau.

Juge du droit, comme on le dit parfois improprement, la Cour de cassation a, on le sait, pour fonction principale de juger de la légalité des jugements et arrêts rendus par les juges du fond, et, par là, d'assurer l'unité de la jurisprudence. Or, et c'est ce qui nous importe, les réflexions faites sur cette base traduisent de façon récurrente une lecture du discours juridique profondément marquée par l'idéal logicien.

Ce sont tout d'abord les considérations émises sur l'idée d'unité elle-même qui manifestent la représentation monologique du droit. Si le principe de l'unité du droit est fréquemment

(114) J. DABIN, Préface à l'ouvrage de F. RIGAUX, La nature du contrôle de la Cour de cassation, Bruxelles, 1966, p.VI.

rappelé comme ce qui justifie et nécessite l'existence même de la Cour de cassation, l'unité du droit est interprétée dans deux sens différents.

Dans un premier sens, l'expression est rapportée au principe de l'égalité devant la loi : ainsi que le dit le Procureur Général Faider : "voilà les caractères de votre mission, qui est, en définitive, la garantie de l'unité de la loi comme conséquence de l'égalité devant la loi. L'unité et l'égalité sont ici et devaient être inséparables...car l'unité de la justice, l'unité de la jurisprudence, l'unité du Tribunal suprême n'est pas autre chose que l'égalité en pratique. La loi est UNE essentiellement..." (115). L'exigence d'unité de jurisprudence n'est ici que la traduction d'une exigence logique élémentaire qui veut que deux situations identiques soient traitées de la même manière.

Ce même principe d'unité du droit est cependant interprété dans un sens second, en fait celui que l'on retrouve énoncé le plus fréquemment : l'unité devient unité logique d'ensemble. "Le droit forme un tout et ne saurait être écartelé" constate notamment le Procureur Général F. Dumon (116); "le droit est un, à peine de ne pas être" nous dit le Procureur Général Ganshof van der Meersch, et de citer M. Masquelin pour expliciter cette idée", il ne peut exister valablement et en même temps sur une même matière plusieurs règles contradictoires s'adressant à un même sujet..."(117) Ceci justifie que la Cour de cassation soit instaurée pour "veiller à l'uniformité dans l'interprétation de la loi et, par là, à la

(115) "Du ministère public près la Cour de cassation", Discours prononcé à l'audience solennelle d'installation de MM. Lenaerts, conseiller et Mélot, avocat général, le 21 juillet 1877.

(116) "Projets de réformes et fonction juridictionnelle", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er septembre 1977, J.T., 1977, p.544.

(117) "Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution". Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 2 septembre 1968, pp.42-43.

cohérence de l'ordre juridique" (118). A "la logique et la clarté, vertus cardinales (des) structures (du droit)" (119), doivent nécessairement correspondre "l'ordre et l'harmonie" dans la jurisprudence (120).

Cette unité logique de l'ensemble normatif, cette cohérence-complétude du système (121) constitue ainsi ce par rapport à quoi se trouve pensée la fonction première de la Cour suprême. S'y trouve aussi rattachée la notion de sécurité juridique qui recouvre deux ordres d'idées. Le premier est très bien exprimé par le Procureur Général L. Cornil : "n'était la Cour de cassation, le droit perdrait jusqu'à sa raison d'être, car il serait dépouillé de ce caractère de certitude sans lequel il serait impuissant à garantir la sécurité des relations sociales" (122), et précisé

- (118) Procureur Général GANSHOF van der MEERSCH, "Réflexions sur la révision de la Constitution", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er septembre 1972, J.T., 1972, p.494.
- (119) ibidem, p.494.
- (120) Procureur Général HAYOIT de TERMICOURT, "La Cour de cassation et la loi étrangère, Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er septembre 1962, p.3.
- (121) Ce n'est, comme l'ont relevé notamment les Procureurs Généraux Ganshof van der Meersch et Dumon, qu'au prix de simplifications erronées que certains croient pouvoir déceler dans la jurisprudence de la Cour suprême la trace d'une réduction du droit à la loi. La théorie des sources, telle que comprise et appliquée par la Cour s'est, on le sait, depuis longtemps affranchie du postulat révolutionnaire de la plénitude logiquement nécessaire de la loi au sens strict. L'unité logique est de nature systémique (voy. sur ceci infra, titre II; voy. aussi Procureur Général DUMON, "La mission des cours et tribunaux- Quelques réflexions", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er septembre 1975, J.T., 1975, p.548).
- (122) "La Cour de cassation", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 15 septembre 1948, pp.4-5.

par le Procureur Général M. Leclercq qui liait aux incertitudes la perte du "premier intérêt social, le respect des lois et du Droit se perdant à la longue, comme se perd le respect de tout ce qui est livré au doute" (123).

A cette dimension du non contesté parce qu'il faut du non contestable, se rattache cette autre idée de la fixité de principe de la jurisprudence de la Cour de cassation. Sans tomber dans l'immobilisme (124), la Cour, comme le dit le Procureur Général Ganshof van der Meersch, "ne change...que très exceptionnellement sa jurisprudence" (125). Cette idée avait été très explicitement exprimée par le Procureur Général P. Leclercq à qui on se réfère sur cette question : "Quand, sur une difficulté juridique, l'accord s'établit entre vous et le pouvoir judiciaire, il détermine nécessairement le sens de la loi. Sauf le cas exceptionnel où il est reconnu que ce sens ne peut être le vrai parce qu'il rend la loi inapplicable et engendre de perpétuelles et inextricables controverses, l'arrêt de votre Cour est, après cet accord, une ajoute à la loi. Vous n'avez plus à en discuter, car changer votre jurisprudence irait à l'encontre même de votre mission. Une interprétation, même erronée, mais permanente, est préférable à des interprétations successives et contradictoires, parmi lesquelles il y en a peut-être une qui est plus exacte. Une loi mauvaise, dont le

(123) cité par le Procureur Général Terlinden, "Cinquante années de Discours de rentrée à la Cour de cassation de Belgique", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de 1922, p.11.

(124) voy. sur la mobilité de la jurisprudence de la Cour de cassation, Procureur Général DUMON, "De l'Etat de droit", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 3 septembre 1979, J.T., 1979, p.478, notes 28-29; par ailleurs signalons que cette mobilité est liée, comme nous le verrons dans l'analyse des problèmes d'herméneutique juridique, à la nature structurale du système normatif.

(125) "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er septembre 1970, p.8.

sens est certain, vaut mieux, a pensé le législateur, qu'une loi dont le sens est ignoré parce qu'elle est interprétée de différentes façons, et qu'elle ne peut donc servir de guide. Vous ne constituez pas une académie juridique où on dispute indéfiniment en théorie sur la meilleure solution de problèmes juridiques; vous êtes un rouage de l'Etat, chargé d'assurer la bonne marche du gouvernement en imposant au pouvoir judiciaire une interprétation uniforme de la loi" (126).

Une première série se constitue ainsi : unité-égalité, unité logique et présupposé systémique; sécurité-certitude et respect-croyance, permanence modalisée.

En marge de cette série qui traverse les considérations faites sur l'idée d'unité, on peut aussi remarquer la liaison faite entre unité du droit et unité juridictionnelle, unité de magistrature (127). Cette liaison n'est cependant pas spécialement significative de notre point de vue : elle ne fait que traduire à nouveau la prégnance déjà constatée du modèle unitaire sur l'organisation institutionnelle.

Enfin mention doit être faite de l'excellente mercuriale prononcée par le Procureur Général Faider sur l'idée d'unité elle-

(126) "De la Cour de cassation", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er octobre 1925, p.43. Dans sa mercuriale précitée sur l'Etat de droit, le Procureur Général Dumon nuance quelque peu l'analyse de 1925. Tout en maintenant le principe selon lequel la "stabilité dans l'interprétation est essentielle" et est "placée sous la sauvegarde de la Cour de cassation dont l'existence et la mission sont fondamentalement justifiées par elle", l'éminent magistrat note que la Cour "revient sur sa jurisprudence lorsqu'elle est convaincue qu'elle s'est trompée" (ibidem, p.478, notes 28-29).

(127) voy. pour l'unité juridictionnelle, notamment la mercuriale prononcée, par le Procureur Général DUMON (alors premier avocat général), "Projets de réformes et fonction juridictionnelle", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er septembre 1977; sur l'unité de la magistrature, Procureur Général FAIDER, "La Constitution belge et la magistrature", Discours d'installation prononcé à l'audience solennelle du 13 mars 1871, p.15; voy. aussi sur ceci, M. ROUSSELET, Histoire de la magistrature française des origines à nos jours, t.I, Paris, 1957, p.I.

même (128). L'éminent magistrat y montre très clairement l'emprise de la symbolique unitaire sur le droit. Notre Constitution, dit-il, est un "évangile d'unité" (129); notre formule du gouvernement représentatif est une combinaison du facteur multitude et du facteur unité : "la multitude c'est la société, l'unité c'est la vérité, c'est l'ensemble des lois de justice et de raison qui doivent gouverner la société" (130). L'idée d'unité, qui est à la base de notre système juridique, note-t-il, se retrouve chez tous les grands législateurs et, "est poursuivie par tous les grands conquérants" : sous-jacente à l'évolution de la pensée juridique romaine, elle est explicite dans la codification justinienne et se traduit dans la réduction du droit en science. Une telle idée d'ailleurs est "comme l'harmonie, dans toute perfection; elle est cette harmonie même... (elle) règne partout...dans le système du monde, dans tous ces astres...une loi immuable, éternelle, maintient cette belle simplicité qui nous charme dans les moyens de la nature" (131). La promotion de l'idée d'unité n'est ainsi, dit-il, que la reconnaissance de "l'unité surnaturelle de la création", base divine des lois qui gouvernent le monde (132). Tel est ce qui travaille le principe de progrès qu'est celui de l'unité légale et de ses corrélats, base de notre régime.

L'enracinement auquel procède ainsi le Procureur Général Faider de l'idée d'unité dans celles de vérité, d'harmonie, et même plus généralement dans une lecture légaliste et mécaniciste de la nature et enfin dans un cadre religieux, n'a point que des attaches accessoires avec le modèle unitaire lié à l'idéal logicien en droit. Au-delà, en effet, du style quelque peu lyrique de l'éminent magistrat, s'exprime au contraire, quoique de façon indirecte, une dimension que l'on retrouve fréquemment dans les autres mercuriales et qui dénote ainsi à un second niveau, les traces recherchées d'une lecture "monologique" du discours juridique.

(128) "L'unité", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée le 15 octobre 1874.

(129) ibidem, p.7.

(130) ibidem, p.5.

(131) ibidem, p.11.

(132) ibidem, p.12.

Elle trouve à s'exprimer à la fois dans les fréquents usages de la métaphore religieuse pour caractériser l'office du juge de cassation et, plus subtilement, dans le caractère de discours de vérité qui caractérise le discours de ce dernier, le tout conduisant à un présupposé d'univocité du langage juridique.

Le Procureur Général Dumon a, à juste titre, dénoncé les simplifications outrancières liées aux affirmations d'une "nécessaire désacralisation de la loi" (133) : on l'a déjà signalé et on y reviendra surtout dans les analyses ultérieures sur l'interprétation juridique, le rapport du juge de cassation à la norme traduit une complexité et une souplesse qui est à penser en termes de systématité structurale; qui plus est, notre propos n'est point de jugement de valeur mais d'analyse des conditions de fonctionnement du discours juridique que traduisent l'organisation institutionnelle au sein de laquelle ce discours se produit et la représentation qui lui est liée. A cette fin, il nous suffit présentement de repérer l'usage de la métaphore religieuse pour rendre compte du rapport du juge à la norme : par là s'exprime une des manifestations de l'idéal logicien, à savoir, l'inscription de la rationalité juridique dans l'ordre d'une dérive que nous qualifierons de mythologique : le discours ne fonctionne que référé à une instance fondationnelle, le Texte, dont la vérité est garantie par son Auteur. Dans cet ordre d'idées, Duport a pu caractériser l'office du juge comme "sainte fonction, qui semble placer ceux qui la remplissent dignement au-dessus de l'humanité même" (134). Lors de la séance d'installation de la Cour de cassation de Belgique, son avocat général faisant fonction de Procureur Général reprendra plusieurs fois la métaphore de la sainteté : sainteté de l'autorité judiciaire, le saint respect qu'on lui doit, purification de son sanctuaire, sainteté de la justice, autel de la loi, image du temple, lumière de la loi comme seule inspiratrice et seul flambeau... (135). Le Procureur Général Terlinden parlera, à propos du droit,

(133) "La mission des Cours et tribunaux", op.cit., p.565.

(134) op.cit., p.10.

(135) Discours prononcé par l'avocat général DEFACQZ lors de la séance d'installation de la Cour de cassation de Belgique, le 15 octobre 1832.

de "l'autel dont nous sommes les prêtres" (136) et l'on pourrait continuer les exemples (137).

C'est d'ailleurs en relation avec ce rapport fondationnel, cette primauté du Texte, que peut se comprendre le présupposé d'univocité. Sans rentrer plus avant dans l'analyse de cette dimension du langage juridique, celle-ci faisant plus spécialement l'objet du titre II, ce qu'il importe de constater, cependant, c'est qu'à nouveau ici s'institue l'ordre du comme si : l'univocité est présupposée. Le discours normatif doit fonctionner comme s'il n'avait qu'un sens dans ses éléments composés; son unité logique est à ce prix. Ici encore les expressions utilisées par nos éminents magistrats sont éclairantes. Sans parler ici de l'identification de la loi à la vérité (138), il nous suffit de remarquer la récurrence du thème

- (136) Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 25 novembre 1918, p.9; la même expression sera reprise par l'éminent magistrat dans sa mercuriale déjà citée de 1922 (p.10), et ce en parlant du Procureur Général M. Leclercq.
- (137) Ainsi sur l'idée de culte du droit voy. Procureur Général FAIDER, "La Constitution belge et la magistrature", op.cit., p.20; "Du ministère public près la Cour de cassation", op.cit., p.12; Procureur Général TERLINDEN, "Cinquante années...", op.cit., p.16; pour d'autres usages voy. Procureur Général P. LECLERCQ, "De la Cour de cassation", op.cit., p.20; Procureur Général FAIDER, "Les études du magistrat belge", Discours prononcé à l'audience solennelle d'installation de M. le Conseiller De Le Court le 31 mai 1876, pp.8-9; Procureur Général GANSHOF van der MEERSCH, "Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 3 septembre 1973, J.T., 1973, p.520...on ne peut aussi que renvoyer à la très significative mercuriale du Procureur Général Faider sur "la Justice et son Palais", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 15 octobre 1883; *passim.*; voy. aussi pour d'autres références analogues à cette dernière, le très éclairant travail de L. INGBER, "Droit et pouvoir judiciaire en Belgique au XIX^e siècle", Journal des Juristes Démocrates, 1979, n^o 21, pp. 1 et sv.
- (138) "La loi est la vérité suprême et se confond avec elle", Procureur Général MESDACH de TER KIELE, "Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 15 octobre 1886.

du "véritable sens" de la loi (139), ou encore l'expression du Procureur Général Terlinden parlant du "sens révélé" (140).

Ce présupposé d'univocité, qui ne fonctionne donc, il faut le répéter à peine de réduire de façon inexacte le fonctionnement du discours juridique auquel conduit l'existence d'une Cour suprême, que dans l'ordre du comme si, n'est, on le constate, qu'un corrélat du modèle unitaire qui imprègne notre organisation institutionnelle. Il en est en quelque sorte le précipité, témoignant en dernier ressort de l'idéal logicien, et de l'effet raréfacteur qui est lié à ce dernier, par référence auquel se construit et se reconstruit le "dire jurisprudentiel". Par là on retrouve la distinction opérée ci-dessus avec le professeur Ladrière entre unité posée et unité désirée. Le discours juridique ne fonctionne pas sous le mode d'une unité finale en perpétuel cheminement. Son cadre institutionnel traduit au contraire le fait qu'il ne se construit que par le biais d'une unité posée parce que supposée.

Reste encore à montrer en quoi la nature propre de la compétence exercée par la Cour de cassation conduit aussi la rationalité juridique à une dérive mythologique.

-
- (139) voy. aussi Procureur Général P. LECLERCQ, "Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton, commet-il un acte illicite", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée le 15 septembre 1927, p.14; Premier avocat général GESCHE, "Des motifs des jugements et arrêts", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée le 15 septembre 1934, p.23; voy. aussi dans cette dernière mercuriale l'expression de "mandat de ...vérité" dont est investie la Cour".
- (140) "Adieux", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 15 septembre 1926, p.16. Référence peut aussi être faite à un passage de l'excellent ouvrage de G. MARTY (La distinction du fait et du droit, Paris, 1929, pp.213-214) : le principe du contrôle de toute qualification nous dit-il, doit être maintenu, "non pour des raisons de vaine logique, mais parce qu'en toute matière, l'intervention de la Cour suprême peut à tout moment devenir nécessaire pour le maintien de l'unité de la jurisprudence. La raison en est...qu'il n'y a pas dans le Droit, de notions qui doivent être considérées comme définitivement imprécises et totalement rebelles à toute organisation juridique, de telle façon qu'on doive a priori éliminer en ce qui les concerne, tout contrôle de la Cour suprême lorsqu'elles sont utilisées dans la qualification". L'auteur exprime ici très clairement un des corrélats de la présupposition d'univocité du langage juridique.

CHAPITRE II. LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT ET LE CONTROLE DE
LA QUALIFICATION PAR LA COUR DE CASSATION.

Un second niveau de l'organisation de la fonction de juger est ici interrogé. En effet, si la fonction exercée par la Cour de cassation va encore servir de cadre privilégié à nos réflexions, ce n'est plus pour tenter de définir la signification du modèle organisationnel de la fonction de juger. Il s'agira de dégager, du point de vue qui est le nôtre, la portée de la compétence principale attribuée à la Cour suprême (plus précisément, comme on le verra, dans son rapport avec l'opération de qualification du juge du fond), compétence qui fait d'elle le juge de la seule légalité des jugements, et qu'une certaine doctrine a voulu définir à l'aide de la distinction du fait et du droit.

Deux remarques préliminaires s'imposent.

La Cour de cassation, on le sait, ne peut point connaître du fond des affaires. A ce premier niveau, certains ont cru pouvoir se référer à la distinction du fait et du droit pour définir le champ d'application de l'interdiction ainsi faite à la Cour. Nul ne peut plus sérieusement recourir à une telle analyse. M.F. Rigaux l'a bien signalé : "...fond et fait ne sauraient être confondus et...le devoir de s'abstenir de connaître du fond des affaires est essentiellement distinct des règles gouvernant l'attitude de la Cour de cassation à l'égard du fait" (1). Alors que, si l'on se limite à la compétence principale dévolue à la Cour suprême d'être le juge de la légalité des décisions judiciaires, "l'interdiction (de connaître du fond des affaires) est certaine et ne souffre aucune exception" (2), le rapport du juge de cassation aux

(1) F. RIGAUX, La nature du contrôle de la Cour de cassation, Bruxelles, 1966, p.31.

(2) Procureur Général DUMON, "De l'Etat de droit", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 3 septembre 1979, J.T., 1979, p.478; voy. pour les autres compétences exercées par la Cour suprême et le principe de l'art.95 al.2 de la Constitution, le même auteur, ibidem, pp.478-479.

"faits" est plus complexe. En effet, si l'on peut dire avec le Procureur Général Hoyoit de Termicourt que "la Cour, pour résoudre les questions de droit qui lui sont soumises par un pourvoi, ne peut tenir compte d'autres faits que ceux qui sont constatés par la décision attaquée" (3), il faut relever le régime propre qui est reconnu non seulement aux faits de la procédure (4), mais aussi à ces faits irréductibles aux "faits de la cause" que sont les faits nécessaires à la connaissance du droit, les faits notoires et les faits normatifs (5). Sans rentrer plus avant dans l'étude de ce problème, il nous suffit de constater l'inadéquation de la distinction du fait et du droit à ce niveau général de définition de la compétence de la Cour de cassation.

Une seconde remarque préliminaire est à formuler. Elle vise à préciser la nature des observations qui suivront. Celles-ci sont triplement limitées. D'abord elles ne visent nullement à définir l'étendue effective du contrôle opéré par la Cour et donc à définir, sur base d'une étude de la jurisprudence, les diverses ouvertures à cassation admises et la signification qu'il y a lieu de leur donner en droit positif. La raison en est, et c'est la seconde limite, que nous ne nous attacherons qu'aux implications du contrôle exercé par le juge suprême sur les qualifications opérées par le juge du fond. Or, on le verra, le principe d'un tel contrôle paraît bien établi : qui plus est, notre travail nécessite que nous ne nous attachions non pas tant aux retombées techniques du principe précité qu'aux lectures théoriques auxquelles il a donné lieu. Enfin, et c'est la troisième limite, l'objet ici étudié traduit des attaches très étroites avec celui analysé ci-après, à savoir le problème de l'interprétation en droit. Ceci explique que nos réflexions sont à rapprocher de celles opérées par la suite. La dimension institutionnelle recoupant l'opération de déchiffrement du sens de

(3) Note R.H., Pas., 1952, p.158, citée par F.RIGAUX, op.cit., p.30.

(4) voy. sur ceci, F. RIGAUX, op.cit., pp.146-147; voy. aussi la très éclairante analyse du Procureur Général Dumon dans sa mercuriale précitée, op.cit., pp.479 et sv.

(5) sur ceci, F. RIGAUX, op.cit., pp.98 et sv. et la bibliographie qui y est citée.

la norme, il nous suffit ici de mettre en lumière la contrainte institutionnelle qui s'exerce sur le travail proprement herméneutique, la portée effective de cette contrainte n'étant donc qu'esquissée.

Comme le professeur F. Rigaux l'a constaté au terme d'une étude fouillée de la jurisprudence belge, "la Cour de cassation s'est chaque fois qu'elle en a eu l'occasion, reconnue compétente pour contrôler la qualification du juge du fond, toute erreur de qualification entraînant une "fausse application" de la disposition légale mise en oeuvre par le juge du fond" (6). Par-delà les modalités que nous verrons et qui sont liées à "la nature de la motivation de la décision attaquée" (7), tel est le principe que nous tiendrons pour acquis. Notre propos, comme on l'a déjà indiqué, consiste plutôt à préciser, au départ de l'étude des conceptions doctrinales du contrôle de la qualification, la portée de ce que traduit théoriquement un tel principe. C'est à ce propos que resurgira, à un second niveau ainsi, l'utilisation par certains de la distinction du fait et du droit pour rendre compte du contrôle exercé par la Cour suprême.

La détermination de l'étendue du contrôle de qualification a donné lieu à quatre théories qu'il nous faut ici rapidement présenter.

La première entend définir la limite du contrôle à exercer par la Cour de cassation à partir de la nature des concepts utilisés par la norme légale. Elle s'exprima au travers de différentes formulations. Un premier critère était trouvé dans les notions définies et non définies par la loi. C'est, on le sait, la célèbre théorie du Président Barris (8), reprise par Merlin notamment.

(6) F. RIGAUX, op.cit., p.245.

(7) ibidem, p.244.

(8) La théorie du président Barris est exposée en 1822 dans une note reproduite dans P. de CHAUVERON, Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification criminelle, thèse, Paris, 1908, pp.17-20.

Au terme de celle-ci, "lorsque l'opération de qualification a pour but de faire rentrer une situation de fait dans le cadre d'une notion simplement nommée par la loi, les juges jouiraient à cet égard d'un pouvoir souverain"; à l'inverse, "lorsque la loi a précisé le sens et la portée des termes qu'elle a employés, lorsqu'elle a non seulement nommé, mais défini cette notion, ... les juges seraient obligés d'obéir dans la qualification à cette conception légale et... la Cour suprême pourrait intervenir pour en assurer le respect" (9). Ce critère était d'application *malaisée*; on lui substitua d'autres critères qui se voulaient plus souples et aussi plus nuancés : il était proposé de distinguer soit suivant que la notion légale était non plus seulement définie mais définissable a priori, sans donc une nécessaire référence à une appréciation de l'ensemble des circonstances de la cause, soit encore suivant que l'appréciation était consciencieuse ou logique (10).

La seconde théorie a été proposée par M.G. Marty. Ce dernier, s'il considère que tout problème de qualification constitue une question de droit et est, de ce fait, soumis à la connaissance de la Cour de cassation, tempère cependant un tel principe sur base de la distinction à faire entre les qualifications générales et spécifiques, "la Cour suprême demeurant juge de l'opportunité de l'exercice effectif de ce contrôle dans telle ou telle matière, en fonction de la portée plus ou moins générale du précédent qui peut se dégager de l'application en la cause de telle ou telle qualification" (11).

(9) G. MARTY, op.cit., p.193.

(10) voy. sur ceci, G. MARTY, ibidem, pp.197 et sv.

(11) G. MARTY, V° Cassation, Répertoire de Droit civil Dalloz, I, n°28, Cette théorie a été reprise et "systématisée", comme le dit M.F. RIGAUD, (op.cit., p.242), par M.A. BAYART qui considère qu'"on tranche...une question de qualification générale quand on décide d'une manière générale que tel terme juridique s'applique ou ne s'applique pas à telle catégorie de faits ou d'objets" ou qu'à l'inverse "on tranche...une question de qualification spécifique quand on se borne à décider que les faits concrets que l'on a constatés et décrits dans leur matérialité concrète, tombent ou ne tombent pas dans une telle catégorie juridique" ("La distinction du fait et du droit. Le point de vue de l'avocat, Dialectica. Revue Internationale de philosophie de la connaissance, vol.15, n°3/4, pp.433-434).

La troisième théorie peut être rattachée au nom des professeurs R. Dekkers, P. Foriers et C. Perelman (12). L'idée est ici que la distinction à opérer entre question de droit et question de fait n'est point définissable a priori; l'évolution jurisprudentielle qu'il faut constater en notre matière est la traduction de la maîtrise que la Cour suprême exerce sur la délimitation de sa propre compétence et ne peut s'expliquer qu'au regard de l'importance du facteur chronologique. Comme l'indique M.R. Dekkers, "les qualifications naissent de la répétition des mêmes faits et comme les faits ne cessent de se répéter, les qualifications se multiplient. En d'autres termes : avec le temps, le domaine du fait se rétrécit, au profit du domaine du droit" (13). Ou encore, ainsi que le signale M.C. Perelman, "...une longue suite de décisions (fournit) des éléments à une élaboration doctrinale ou à une définition jurisprudentielle. Une réflexion sur un certain nombre de cas particuliers, peut, en effet, grâce à un procédé de raisonnement inductif, donner lieu à une règle. C'est dans ce sens que le passage de qualifications particulières à une définition jurisprudentielle constitue un cas d'application de la maxime : ex facto oritur ius" (14). Cette maxime rend compte de la même manière de l'évolution de l'extension du contrôle de la qualification par la Cour suprême.

Enfin une quatrième théorie a été avancée par le professeur F. Rigaux. Ce sera elle qui nous retiendra le plus. La raison en est qu'à la différence des trois autres elle entend non point inscrire

- (12) Cette théorie, en effet, transparait dans plusieurs des contributions présentées lors de la session, dirigée par le professeur C. Perelman, du Centre belge de recherches de logique sur la question de la distinction du fait et du droit (voy. sur ceux-ci le vol.15, n°3/4 de la Revue Dialectica précitée, ces travaux ont aussi fait l'objet d'une autre publication : Le fait et le droit, Etudes de logique juridique. Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1961).
- (13) R. DEKKERS, "Le fait et le droit dans la procédure classique romaine", Dialectica, vol.15, n°3/4; p.358.
- (14) C. PERELMAN, "La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien", Dialectica, vol.15, n°3/4, p.608.

le contrôle de la qualification exercé par la Cour suprême ainsi que ses limites dans un pragmatisme auquel inévitablement conduisent les trois autres doctrines, mais au contraire rendre compte du problème posé à partir d'une lecture a priori qui restitue la cohérence des modalités moyennant lesquelles s'exerce le contrôle dont question. Se faisant, cependant, dans son exactitude même, elle traduit, comme on le verra, la corrélation qui s'établit entre la fonction ainsi exercée par la Cour de cassation et l'idéal logicien vécu sur le mode du comme si par référence auquel fonctionne le discours juridique. A l'inverse, dans leur différence commune d'avec la théorie de M.F. Rigaux, les trois autres lectures théoriques témoignent, à des degrés divers et moyennant des formulations techniques peut-être criticables comme nous le verrons, une sensibilité aux conséquences "mytho-logiques" de la "plénitude modalisée" du contrôle exercé sur les qualifications du juge du fond. Analysons respectivement ces divers points.

Le raisonnement de M.F. Rigaux se laisse diviser en quatre points que l'on peut exprimer comme suit : la distinction délimitation-qualification, la distinction fait-droit et l'opération de qualification, les modalités qui affectent le contrôle de qualification par la Cour suprême, et enfin, les critiques qu'il y a lieu d'adresser aux trois théories précédentes.

La première distinction a plus valeur de précision que de solution du problème posé. Il s'agit, nous dit l'auteur, de distinguer deux hypothèses trop souvent confondues. La délimitation doit s'entendre de la subsomption d'un concept de l'hypothèse légale sous un concept générique d'une autre hypothèse légale. Si une telle opération présente des traits caractéristiques qui la rapprochent de l'opération de qualification au sens propre (sur ceci, cf. infra), à savoir son caractère préalable au choix de la règle applicable et sa corrélation fréquente à l'opération dite de qualification, elle se différencie cependant de cette dernière, non pas par son caractère purement conceptuel, mais par cela que l'opération intellectuelle met en présence deux concepts appartenant à l'ensemble normatif proprement dit. De ce fait, le contrôle exercé sur une telle opération du juge du fond "ne dépend aucunement des cir-

constances particulières à la situation litigieuse (même si) il suppose que celle-ci ait préalablement été qualifiée" (15). L'auteur reprend ici une distinction qu'il avait déjà esquissée dans son ouvrage sur la théorie des qualifications en droit international privé (16). L'opération de qualification, ainsi distinguée de celle de la délimitation des concepts qualificateurs, reste à définir. Tel est le second point du raisonnement.

C'est au plan de la définition de l'opération de qualification que se situe l'apport le plus intéressant de la théorie "conceptualiste", pourrait-on dire, de M.F. Rigaux; mais aussi, comme nous le verrons plus loin, que se mettent en place les éléments à l'aide desquels nous pourrions dégager la portée significative d'une telle théorie. Le point de départ est trouvé dans une récusation de l'antinomie du fait et du droit qui, note l'auteur, est généralement liée à une lecture purement syllogistique de l'opération de jugement. De la même manière qu'une telle lecture, fait-il remarquer, réduit la difficulté propre du juge dans l'établissement de la mineure pour projeter une image mécaniciste de l'acte de juger, de la même manière cette lecture conduit à analyser le fait litigieux comme "un donné tout fait" (17) et, par là, à inscrire l'opération de qualification dans le cadre d'une prétendue antinomie concret-abstrait, ou dans celui, parallèle, de l'opposition fait-droit. En vérité, continue le professeur F.Rigaux une telle antinomie ne rend nullement compte de ce qu'est l'opération de qualification car elle méconnaît la conceptualisation nécessaire du fait et, conséquemment, l'unité du fait et du droit qui est l'oeuvre du langage. Ainsi "ce que les juristes appellent jugement du fait se fonde sur une connaissance du fait présentant les deux caractéristiques (suivantes)... : cette connaissance est une oeuvre délibérée, qui choisit dans le "donné" de fait les éléments auxquels la règle de droit sera appliquée, et si la situation est

(15) F. RIGAUX, op.cit., p.377.

(16) F. RIGAUX, La théorie des qualifications en droit international privé, Bruxelles, 1956, pp.472-473.

(17) F. RIGAUX, La nature du contrôle..., op.cit., p.42.

elle-même décrite par l'intermédiaire de termes abstraits, il est possible d'en préciser davantage les particularités individuelles, en multipliant les notations abstraites. Décrire une situation à l'aide de mots, c'est nécessairement en donner une représentation abstraite, et cette représentation constitue, pour le juge du fond comme pour la Cour de cassation, le prétendu donné concret auquel il est fait application de la règle de droit" (18). S'en déduit donc le caractère nécessairement conceptuel de la "constatation" du fait opérée par le juge du fond. L'opération de qualification ne consiste ainsi nullement en un passage du concret à l'abstrait mais au contraire "à retrouver dans la loi les mots ou les concepts au moyen desquels la situation particulière a été décrite" (19). La qualification ne vise point les "faits de la vie" mais seulement les notations abstraites à l'aide desquelles le juge du fond a rendu compte du fait. Ainsi rien ne vient limiter "naturellement" le contrôle de la qualification du juge du fond : "quand on admet...qu' il n'y a pas de place pour le "concret" dans le raisonnement judiciaire parce que le juge du fond doit nécessairement décrire la

(18) ibidem, p.80; remarquons que le caractère construit du fait a été particulièrement bien mis en lumière notamment par G. Calogero dans son remarquable travail sur "La logica del giudice e il suo controllo in cassazione", (2^e éd., Padova, 1964). Bien plus cet auteur apporte la réponse à une des remarques qu'adressait le professeur J. Dabin à la récusation de la distinction du fait et du droit opérée par M.F. Rigaux: M.J. Dabin considérait dans sa préface déjà citée (pp.XII-XIII) que, quel que soit le caractère conceptuel de la description du fait, on ne voit point "pourquoi la constatation judiciaire du fait ne pourrait...avoir lieu...selon le mode de l'historien ...en dehors de toute influence concomittante de la règle juridique"; M. Calogero, à ce propos, montre très bien que le travail de l'historien lui-même est une reconstruction : "Al pari dello storico, inoltre, il giudice ha di fronte a sè il fatto non come una realtà già esistente, ma come qualcosa da ricostruire" (op.cit., p.129; voy. aussi les observations ultérieures où il explicite cette reconstruction).

(19) ibidem, p.81.

situation de fait au moyen de notations abstraites, il appartient à la Cour de cassation de vérifier la convenance des deux séries de notations abstraites, celle de la loi, d'une part... et, de l'autre, les concepts par l'intermédiaire desquels le juge du fond a décrit la situation de fait". Les particularités concrètes "que le langage abstrait est inapte à traduire cessent aussi d'être communicables et ne sauraient appartenir à l'expression du jugement de qualification" (20). Cette analyse, ainsi fondée théoriquement, vise adéquatement la pratique de la Cour : les limites du contrôle de la Cour suprême, dans notre matière, ne proviennent point d'une quelconque limitation de principe, mais seulement de la nature des motifs de la décision judiciaire, remarque l'auteur.

Sans nous appesantir sur ces modalités qui rentrent plus dans une étude de droit positif qui dépasse notre objet, signalons-les cependant. La nature purement conceptuelle du contrôle de qualification indique bien que pour qu'elle puisse s'exercer, il est nécessaire que les concepts utilisés par le juge du fond pour décrire l'effet de la cause soient différents de ceux utilisés par la loi : à défaut d'une telle différence, la qualification est en quelque sorte jointe au jugement du fait, en manière telle qu'il n'y a point deux séries de concepts distincts et, par là, pas de contrôle possible à opérer. L'exercice efficace du contrôle dépendant donc ainsi de la motivation de la décision attaquée, "la Cour de cassation a été entraînée à étendre sa censure à l'obstacle qu'une motivation défectueuse oppose au contrôle de la qualification" (21) : les griefs ici invoqués seront soit l'incomplétude ou l'équivocité de la motivation. Par ailleurs, les parties pouvant par leurs conclusions, au cas où dans celles-ci elles contestent certains éléments constitutifs de l'hypothèse légale, contraindre de ce fait le juge à utiliser des concepts étrangers aux concepts qualificateurs, la Cour pourra censurer, pour violation de l'article 97 de la Constitution, le défaut de réponse aux conclusions des parties con-

(20) ibidem, p.262.

(21) ibidem, p.379.

testant la qualification du fait (22). Enfin, même si cela ne constitue pas au sens propre une modalité du contrôle de la qualification, référence doit être faite, note M.F. Rigaux (23), à la circonstance où le législateur définit l'hypothèse légale de telle manière que l'opération de qualification implique, dans le chef du juge du fond, une nécessaire appréciation des éléments objectifs qui, par là même, résistent au contrôle conceptuel de la qualification : ce n'est pas dire qu'en ce cas la Cour ne puisse exercer de contrôle, dont celui sur la motivation, mais bien qu'elle devra l'exercer avec la prudence qu'implique la nécessaire reconnaissance du pouvoir d'appréciation du juge du fond.

Les remarques qui précèdent expliquent en définitive les critiques que la théorie conceptualiste, ici analysée, adresse aux trois autres doctrines relatives à l'étendue du contrôle exercé par la Cour suprême sur l'opération de qualification. Outre que la théorie reposant sur la distinction des concepts juridiques définis ou définissables a priori et de ceux qui ne le sont pas a été discréditée depuis longtemps tant en doctrine qu'en jurisprudence, il est relevé que la distinction proposée est condamnée dès le départ par la régression à l'infini qu'elle implique : "le législateur ne saurait pas tout définir, car les concepts utilisés dans chaque définition mériteraient à leur tour d'être définis, ce qui nous entraînerait à l'infini" (24). Le critère tiré des qualifications générales et spécifiques est récusé quant à lui, non seulement sur base du fait que la qualification générale vise en défini-

(22) Sur ces questions en droit positif, voy. outre les analyses de M.F. RIGAUX, notamment les pénétrantes et très récentes remarques du Procureur Général Dumon, "De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er septembre 1978, J.T., 1978, pp.465 et sv.; remarquons que d'autres dimensions techniques du problème ne doivent pas être méconnues, telle la maîtrise des parties sur la qualification et conséquemment le problème particulier du contrôle de la qualification des actes juridiques privés : comme déjà dit, ceci ne rentre point dans notre propos.

(23) ibidem, p.258.

(24) ibidem, p.240.

tive plutôt l'hypothèse de la délimitation des concepts qualificatifs, mais surtout à raison de ce qu'en définitive la décision jurisprudentielle n'a jamais de portée générale et de ce que l'exclusion du contrôle des qualifications trop spécifiques revient en fait à évacuer la notion même de qualification, laquelle est par nature spécifique puisqu'elle consiste en une subsumption d'une situation d'espèce sous une hypothèse légale.

C'est, évidemment, à l'encontre de la troisième théorie que les remarques de l'auteur sont les plus intéressantes : inscrire la compétence exercée par la Cour suprême en cette matière dans un mouvement jurisprudentiel d'une part non définissable a priori, fonction donc d'une politique déterminée par la Cour même à raison de la maîtrise qu'elle exerce sur sa propre compétence, et d'autre part subordonné à une évolution assujettie au principe "ex facto oritur ius", revient à méconnaître la nature théorique de ce contrôle. D'une part, en effet, le principe "ex facto oritur ius" est inapplicable en l'espèce pour la raison que la qualification n'a point "pour objet une situation de vie mais un donné conceptuel; d'autre part les limites judicieusement relevées par les tenants de la troisième théorie ne justifient point le recours à une quelconque politique jurisprudentielle mais s'expliquent théoriquement par la liaison intime qui existe entre les qualifications et la motivation des décisions du juge du fond, comme l'a d'ailleurs relevé le Conseiller R. Legros (25).

Quelle est la pertinence, du point de vue qui est le nôtre, du débat qui précède et, plus précisément, quelle est la signification tant de la théorie conceptualiste du professeur F. Rigaux que de ce qui la différencie des trois autres théories?

La réponse à cette question nous paraît pouvoir être trouvée dans la double dimension qui semble constitutive de la théorie conceptualiste : d'une part elle vise adéquatement son objet mais

(25) R. LEGROS, "Considérations sur le fait et le droit. A propos de la publication des récents travaux du Centre national de recherches de logique", Revue de droit pénal, 1961-1962, pp. 829 et sv.

d'autre part elle traduit une distorsion théorique où se joue précisément le comme si de l'idéal logicien par référence auquel notre organisation institutionnelle de la fonction de juger, par le biais en l'espèce de la compétence attribuée à la Cour de cassation, conduit le discours juridique à se produire. Avant d'analyser en quoi cette théorie conceptualiste vise adéquatement son objet, il importe de porter son attention sur ce qu'on appelle la "distorsion théorique".

Cette distorsion apparaît dans une phrase déjà citée de l'auteur de la théorie conceptualiste : celui-ci nous dit en effet, pour expliciter le caractère purement conceptuel du contrôle de qualification et, par là, l'absence de "frontières naturelles", pour reprendre son expression, d'un tel contrôle : "les particularités concrètes que le langage abstrait est inapte à traduire cessent aussi d'être communicables et ne sauraient appartenir à l'expression du jugement de qualification" (26). Or, dans l'analyse à laquelle l'auteur avait précédemment procédé de la nature de la description des faits, il avait lui-même concédé, reprenant là une idée de Bertrand Russell, que "la possibilité de préciser par des spécifications supplémentaires la description donnée est théoriquement illimitée, tandis que, d'autre part, il n'y a dans le donné de la perception rien qui soit par essence inapte à être exprimé par les mots", conséquemment à quoi il relevait, relativement à la situation de fait, qu'"il est possible d'en préciser davantage les particularités individuelles, en multipliant les notations abstraites" (27). La différence n'est pas que d'écriture. Elle nous paraît au contraire traduire le fait que si l'auteur a très justement mis en lumière, par le biais d'une analogie entre le travail du juge et le travail du scientifique, la nécessaire construction du fait, il n'en a point tiré les conséquences qui s'y attachent. En effet, comme nous le verrons plus loin à l'occasion de l'étude de l'épistémologie bachelardienne, le propre de la démarche scientifique est, précisément à raison de

(26) ibidem, p.262.

(27) ibidem, pp.79-80.

la prise de conscience de la construction théorique du fait et de l'inadéquation théorie-fait qui en est la trace, d'opérer des reconstructions permanentes du cadre théorique. Or, en parlant des particularités concrètes inaptées à être traduites dans le langage abstrait, le professeur Rigaux aboutit à gommer les effets du caractère construit de la lecture du fait, c'est-à-dire de l'inadéquation génératrice de reconstruction. On rejoint par là les excellentes réflexions qu'a consacrées M.G.G. Granger au problème du traitement comme objet des faits humains (28). Il y constate justement qu'à raison de la dimension signifiante spécifique qui caractérise le fait humain, la connaissance qu'on peut en avoir passe par la superposition et la reconstruction permanente des systèmes à l'aide desquels on entend en rendre compte (29). Comme on le constate, il ne s'agit pas pour nous de nier en quoi que ce soit ni la médiation du langage entre fait et droit ni la construction du fait et, par là, le caractère langagier de l'opération de qualification. C'est ailleurs cependant, nous semble-t-il, que le problème se pose. C'est en effet tout autre chose de déduire de ce caractère langagier le caractère inévitable de la réduction qu'opère l'exercice du contrôle de la qualification par la Cour de cassation : celui-ci, en effet, ne peut se faire que sur base des notations abstraites recueillies par le juge du fond dans son jugement du fait. Toute autre dimension de la situation litigieuse, parce que non conceptualisée par le juge du fond (bien qu'éventuellement utilisée par ce dernier dans son opération de qualification), ne pourra intervenir au niveau de cassation. Une distinction logique est ainsi à faire entre la reconnaissance nécessaire de la dimension langagière de toute opération de qualification et la réduction à laquelle conduit notre propre aménagement institutionnel qui oblige à identifier fictivement situation de fait et notations abstraites constitutives du jugement de fait (29bis). C'est cette dernière réduction cependant qu'avalise la déclaration d'inaptitude émise

(28) G.G. GRANGER, "Sur le traitement comme objets des faits humains", in Savoir, faire, espérer : les limites de la raison, t.I, Bruxelles, 1976, pp.143 et sv.

(29) voy. notamment, ibidem, p.161.

(29bis) Il faut réserver évidemment, comme on l'a déjà signalé, l'hypothèse où le législateur oblige le juge du fond à une nécessaire appréciation des éléments objectifs. Se marque là un pouvoir d'appréciation souverain du juge du fond.

par le professeur F. Rigaux.

A la base de cette contrainte institutionnelle se repère ainsi une fiction qui empêche, pour partie, de tirer les conséquences du caractère nécessairement inadéquat de chaque norme comme le relève le professeur J. Ladrière, en cela qu'"en toute situation il y a quelque chose de nouveau : (que) chaque fois, d'une certaine manière, tout est à recommencer" (30). A ce niveau aussi apparaît à nouveau ce que nous nommerons la dimension mythologique de la rationalité juridique.

On comprend ainsi en quoi, par ailleurs, malgré la distorsion théorique qu'on a cru pouvoir y trouver, la théorie conceptualiste du professeur Rigaux vise adéquatement son objet, à savoir le problème du contrôle de la qualification par la Cour suprême. C'est à juste titre, nous paraît-il, qu'il peut considérer qu'il n'y a point de "frontières naturelles" à un tel contrôle. Dès l'instant en effet où un ordre juridique érige un organe juridictionnel qui est chargé de contrôler la légalité des jugements sans constituer en même temps un troisième degré de juridiction, cet ordre juridique inscrit institutionnellement la fiction ci-avant relevée (31). La doctrine ne peut, de ce fait, que tenir compte de cette dimension institutionnelle et l'on ne peut, dans cet ordre d'idées, que mettre en lumière la qualité de l'analyse juridique à laquelle procède la théorie conceptualiste. Ceci explique aussi les critiques dont sont justifiées les autres théories qui ont entendu ne point asseoir en théorie la "plénitude modalisée" du contrôle de qualification à laquelle logiquement la Cour suprême a souscrit, ce qui n'empêche évidemment cette dernière de l'exercer

(30) J. LADRIERE, L'articulation des sens, Paris, 1970, p.159.

(31) C'est donc en méconnaissant cette dimension et ses effets que M.P. Hébraud a pu écrire ce qui suit : "Le mouvement de va-et-vient qui, dans la réflexion judiciaire se tourne alternativement vers le fait et le droit...répond à la démarche générale de l'esprit scientifique qui, selon Bachelard, faisant jaillir la création du contrôle de la critique, réside en un constant effort de reprise en main des connaissances acquises, en vue de leur affinement et de leur prolongement" ("Rapport introductif", in La logique judiciaire, 5^e colloque des Instituts d'études judiciaires, Paris, 1969, p.48.

avec une prudence qu'il faut constater. Il reste que ces trois mêmes théories, cependant, partagent un point commun qui est le besoin ressenti de limiter le pouvoir de contrôle : par là, pourrions-nous dire, elles ressentent en quelque sorte la dimension pluri-voque et plurielle en laquelle doit ou devrait se vivre tout discours normatif, par quoi on rejoint une des dimensions de base de ce qu'on verra être l'approche faite par le professeur C. Perelman du fonctionnement de la rationalité juridique (sur ceci cf. infra, II^e partie). Leur articulation technique défectueuse, surtout pour les deux premières, justement dévoilée par M.F. Rigaux, provient de ce qu'à l'inverse de ce dernier auteur leurs protagonistes n'ont point pris conscience de ce que notre aménagement institutionnel conduit à l'absence de "frontières naturelles" au contrôle de qualification; par contre, pour avoir trop bien assumé cette prise de conscience, le professeur Rigaux nous paraît avoir voulu fonder en logique ce qui est spécifiquement l'effet d'une construction institutionnelle.

Une dernière remarque sur le rapport qualification-contrôle de légalité des jugements reste à faire. En effet, si les observations qui précèdent nous semblent avoir permis de mettre en lumière la contrainte proprement institutionnelle que constitue le contrôle de qualification exercé par la Cour de cassation et plus précisément la traduction d'une représentation du discours juridique inféodé à un idéal logicien vécu sur le comme si, on peut se demander si la portée ainsi dégagée ne vaut pas, par identité de motifs, pour la fonction de cassation en tant que telle. Il faut en effet constater que le professeur Rigaux, dans son étude déjà citée sur le contrôle de la Cour de cassation, transpose son raisonnement sur le contrôle de qualification à l'analyse de la fonction de cassation elle-même. D'une part, il récuse les lectures traditionnellement inventées pour rendre compte de la nature de cette fonction, lesquelles aboutissent à "renoncer à fixer de manière rationnelle et cohérente les bornes de ce contrôle" (32) pour trou-

(32) ibidem, p.368.

ver, d'autre part, ce critère dans la nature purement conceptuelle du contrôle exercé par la Cour suprême : "tout contrôle de cassation a un caractère rigoureusement conceptuel, les procédés appliqués au contrôle de la qualification illustrant les méthodes qui permettent à la Cour de censurer quelque illégalité que ce soit" (33). C'est sur base de ce critère, d'ailleurs, que l'auteur marque ses hésitations sur l'extension du contrôle de légalité que traduit la censure par la Cour tant de l'interprétation des déclarations de volonté individuelles dans les matières laissées à la disposition des parties (34) que des vices logiques du jugement du fait (35). Signalons enfin, dans la perspective ainsi ouverte sur la fonction de cassation en général, qu'on peut utilement rapprocher de ce qui précède certaines considérations récurrentes des Procureurs Généraux qui, pour caractériser précisément cette fonction, mettent l'accent sur l'univers purement abstrait dans lequel il importe pour la Cour de se mouvoir : "le débat se meut devant nous, note ainsi le Procureur Général Cornil, dans la pure abstraction" (36); dans le même ordre d'idées, le Procureur Général P. Leclercq justifie le fait que la Cour ne connaît les faits "que par l'exposé, nécessairement froid qu'en donne l'arrêt attaqué" par la raison que "le point de droit apparaît mieux lorsqu'il est con-

(33) ibidem, p.395.

(34) M.F. Rigaux relève cependant, à ce niveau, que "l'hésitation est permise si l'on a égard aux contrats-types et aux statuts contractuels" (ibidem, p.404).

(35) voy. pour une discussion de ce dernier jugement du professeur Rigaux, Procureur Général DUMON, "De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er septembre 1978, J.T., 1978, pp.465 et sv., et spécialement p.469 et p.473.

(36) "La Cour de cassation", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 15 septembre 1948, p.4.

sidéré dans le monde glacé des abstractions" (37).

L'objet de ce deuxième chapitre était, comme son titre l'indique, d'interroger, dans la perspective qui est la nôtre, la portée significative de l'organisation institutionnelle de la fonction de juger non pas dans sa morphologie même mais sous un angle plus spécifique, celui des effets qu'elle induit sur l'opération centrale du jugement, la qualification. A cet effet, nous avons porté notre attention sur l'aspect qui nous a paru le plus éclairant : la représentation théorique liée au contrôle exercé sur cette opération par un organe juridictionnel chargé de contrôler la seule légalité des jugements. Ce n'est pas à dire cependant que cet aspect soit le seul qui puisse être dégagé. D'autres, sans doute, pourraient être relevés. Parmi ces derniers, il en

(37) "De la Cour de cassation", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée le 1er octobre 1925, p.38; le Procureur Général Terlinden définit aussi la fonction de la Cour par la considération qu'elle est uniquement préoccupée, en dehors des contingences de fait, de déterminer le sens vrai de la Loi" ("Les Chambres réunies-arrêts en matière civile, électorale, administrative (période de 1869 à 1913)", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 1er octobre 1913, p.12); voy. aussi pour d'autres expressions significatives (régions sereines du droit, droit dégagé de tout alliage étranger), Procureur Général MESDACH de TER KIELE, Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de 15 octobre 1886, p.5; Procureur Général M. LECLERCQ, Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 20 septembre 1867, Belgique judiciaire, 1867, t.XXV, n°77, col.1232; citons enfin cette définition donnée par le Procureur Général P. Leclercq de la Cour de cassation, dans sa mercuriale précitée (p.2) : "elle est toute spiritualité; les idées forment son domaine, la raison est son guide; les intérêts des hommes lui restent étrangers; elle ne s'occupe que d'abstractions, mais elle les voit vivantes... sa nature est si immatérielle que, parfois, même les desservants de son culte ne parviennent pas à se maintenir à sa hauteur; ils retombent dans l'action directe sur les individus, qui devrait leur être totalement étrangère, alourdis qu'ils sont par "l'humaine prison de ce terrestre corps"

est un que l'on se contente ici seulement de signaler, celui des effets de la répartition des pouvoirs du juge et des parties dans le procès civil. Bien que moins directement représentatifs de l'idéal logicien par référence auquel fonctionne notre discours juridique, les principes qui gouvernent l'organisation du procès civil produisent cependant, comme nous le verrons plus explicitement au cours de notre étude sur l'herméneutique juridique, des effets raréfacteurs liés à la dimension mythologique de la rationalité juridique. Ce point d'ailleurs a été particulièrement bien mis en lumière par le professeur Rigaux lorsqu'il constate que "les principes gouvernant le droit judiciaire, notamment le principe dispositif et le principe du contradictoire, restreignent...le pouvoir d'investigation du juge quant aux faits. La charge de l'allégation et la charge de la preuve ne sauraient porter sur l'expérience vécue, comme telle incommunicable; les parties ne transmettent au juge que quelques notations abstraites décrivant de manière fragmentaire la situation litigieuse" (38). Sans revenir ici sur le problème de l'incommunicabilité et donc de l'inadéquation entre traduction conceptuelle et situation factuelle, remarquons que l'auteur met très justement en lumière cette circonstance que les règles qui gouvernent le procès civil, sur lesquelles, cela va sans dire, il ne nous appartient pas ici de nous prononcer en valeur, entraînent une inévitable restriction des pouvoirs du juge quant à l'établissement du jugement du fait sur base duquel le jugement de droit qu'est la qualification devra s'opérer(39). Signalons cependant que cette constatation, communément admise à ce degré de généralité auquel nous entendons nous limiter, l'étude de la répartition des pouvoirs du juge et des parties dans le procès civil ne constituant point notre objet d'étude, ne doit point faire méconnaître les nuances qu'une étude plus détaillée de la question ne manquerait pas d'introduire. En cette matière, en effet, comme l'a très justement relevé le commissaire royal à la Réforme judi-

(38) F. RIGAUX, ibidem, p.83.

(39) Ch. VAN REEPINGHEN, op.cit., t.I, p.253.

ciaire, M. Van Reepinghen, il faut se garder du "fétichisme des formules" (39) : nul ne peut méconnaître en effet que l'image classique de la neutralité du juge liée au caractère accusatoire de la procédure, ne rend plus compte, prise à la lettre, de la complexité du rapport qui s'instaure entre le juge et les parties, rapport qui tend, comme l'a constaté le même auteur, à être celui d'une plus grande collaboration (40), sous la sauvegarde nécessaire du respect dû au caractère contradictoire des débats.

Il reste, et c'est ce qu'il nous importe seulement de constater, qu'aux effets de la "fiction" présumée par la plénitude nécessaire du contrôle exercé par la Cour suprême sur l'opération de qualification du juge du fond, se surajoutent, en quelque sorte, les effets propres du principe de la "direction du procès par les parties", principe de plus en plus modalisé sans doute mais qui reste, pour reprendre la formule d'un de nos meilleurs spécialistes en la matière, "un postulat de notre droit judiciaire" (41).

Ainsi, au-delà même de l'unité du fait et du droit que, sous peine de tomber dans un empirisme naïf (42), nous devons constater à la base de l'opération de jugement, comme l'a d'ailleurs clairement perçu le professeur F. Rigaux, se repèrent, au travers des dimensions ici interrogées de l'organisation institutionnelle de la fonction de juger, non seulement la "raréfaction" à l'oeuvre dans la lecture du fait, mais aussi, et surtout, le caractère non dialectique du discours juridique que devrait cependant engendrer le constat d'une telle raréfaction : c'est là, on l'a vu, à propos du contrôle de la qualification exercé par la Cour suprême, l'effet propre du "comme si" lié au cadre institutionnel de ce contrôle et du présumé d'autonomie conceptuelle qui lui est corré-

(40) ibidem, p.253.

(41) ibidem, p.246.

(42) voy. aussi sur ceci, les pénétrantes remarques de R. MARTIN, Le fait et le droit ou les parties et le juge, J.C.P., 1974, I, 2625, passim (spécialement le n°39).

latif. Au travers de cette différenciation de fonctionnement du discours juridique et du discours scientifique (cf. supra) et du relevé des mécanismes institutionnels qui la conditionnent, se manifestent à nouveau donc le jeu d'une clôture effective parce que présumée et, conséquemment, les traces de l'idéal logicien par référence auquel fonctionne notre discours juridique. Cette conclusion, il faut le rappeler, n'entend point rendre compte de l'ensemble des dimensions de l'opération de jugement : notre étude ne portait que sur l'opération de qualification. Il reste que, moyennant les réserves déjà citées relatives au pouvoir d'appréciation du juge du fond, cette opération, si elle n'épuise pas l'acte de juger, en constitue un chaînon central et, donc, que l'idéal logicien qui définit le contrôle que la Cour de cassation exerce sur cette opération traverse la rationalité du discours juridique.

On rejoint là ce que nos investigations du premier chapitre nous avaient déjà permis d'apercevoir.

L'organisation institutionnelle de la fonction de juger, aux deux niveaux où nous avons tenté de la réfléchir, le premier plus général parce que portant sur la signification du modèle par référence auquel elle est établie (chapitre I), le second plus particulier parce que limité essentiellement à la portée du contrôle de qualification exercé par la Cour suprême et des conditions dans lesquelles il s'opère (chapitre II), paraît ainsi annoncer une dérive mythologique de la rationalité juridique.

TITRE II

L'INTERPRETATION JUDICIAIRE ET L'IMAGE DU LEGISLATEUR RATIONNEL

(François Ost)

INTRODUCTION.

L'objet des développements qui suivent est l'étude de la démarche interprétative effectivement mise en oeuvre par les juges lorsqu'ils appliquent la loi.

La thèse qui préside à cette étude soutient que l'interprétation judiciaire de la loi est polarisée par l'image du législateur rationnel. Foyer de sens unitaire et permanent, cette image induit une méthode systématisante et intégratrice qui, sans être répétitive ou stérile, n'en procède pas moins par transformations contrôlées et compatibles avec la cohérence d'ensemble. S'en dégage une oeuvre de justice à la fois souple et réductrice, qui s'entend à absorber le conflit et le changement sous les catégories de la Loi.

Cette problématique n'a cessé de nous occuper depuis le début de nos activités scientifiques et il est probable que le présent travail ne mettra pas un terme à cette réflexion. Ses premiers traits se dégagèrent d'une étude de jurisprudence consacrée à l'interprétation logique et systématique (1) : de l'analyse de cette jurisprudence surgit l'idée que la force des arguments logiques ne repose pas tant sur leur vertu intrinsèque -un argument d'analogie ou "a contrario" est toujours réversible- que sur le fait qu'ils confortent l'intégrité de l'ordre juridique pris dans son ensemble. Cette étude, qui débouchait sur la découverte du législateur rationnel, fut poursuivie dans le champ philosophique par une confrontation entre la méthode juridique d'interprétation et la problématique générale de l'herméneutique (2). Enfin, ces premiers travaux formèrent en quelque sorte la base "empirique" à partir de laquelle nous entreprîmes, cette fois en collaboration avec Jacques Lenoble, l'étude des questions (logique juridique, philosophie du droit) qui

(1) F. OST, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", Bruxelles, 1976, 124 p., document de travail paru dans une version raccourcie et légèrement remaniée in L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, pp.97-184.

(2) F. OST, La nature réductrice de l'herméneutique juridique, mémoire de licence en philosophie, Louvain, 1976, 201 p.

forment les développements subséquents de cette thèse.

Loin de s'effacer au cours de ce périple théorique, l'image du législateur rationnel se faisait toujours plus centrale et plus opératoire : sous des traits variés elle réapparaissait comme le pôle mythique autour duquel s'articule le logos du droit, la logique juridique. De sorte que, selon le principe herméneutique qui veut que l'appréhension du tout modifie la compréhension de chacune des parties, lorsque nous revenons à notre point de départ -l'étude de la jurisprudence- la thèse du législateur rationnel s'est à la fois modifiée et affermie.

Si nous sommes aujourd'hui mieux conscient des limites explicatives de notre hypothèse, nous pouvons, en revanche, la situer au coeur même de l'ensemble de la démarche interprétative du juge. Par ailleurs nous devrions être à présent en mesure de soustraire la thèse du législateur rationnel au registre legaliste voire exégétique dans lequel elle risquait d'être rangée.

Ainsi, aux tenants des théories modernes de la communication et de l'argumentation qui pourraient nous reprocher une indifférence aux enjeux axiologiques engagés au prétoire, nous accorderons que le législateur rationnel fonctionne effectivement comme argument dans l'enceinte judiciaire; mais loin d'être aléatoire ou indéterminé (rationalisation d'autres déterminants...), son usage est à la fois central et raréfiant : il y a argument certes, mais argument logicien pour un traitement systémique du conflit. Le concept "d'idéal logicien", élaboré dans la deuxième partie de notre travail et dont participe bien entendu l'idéal du législateur rationnel, permet cette élucidation : le débat judiciaire traduit, certes, un conflit de valeurs mais le traitement qui s'en dégage exprime le primat accordé à l'idéal de restauration de l'approche juridique et unitaire des questions en jeu.

De même, nous répondrons aux tenants des théories sociologiques du droit qui pourraient nous reprocher une indifférence aux facteurs idéologiques à l'oeuvre dans la production jurisprudentielle, qu'une telle influence idéologique est une évidence (le pouvoir judiciaire est un des trois pouvoirs d'Etat) que n'invalide pas la thèse du législateur rationnel. Loin de nier ce conditionnement,

notre étude tente de porter l'analyse de l'effet idéologique jusqu'au bout de lui-même : jusqu'en ce point où s'appréhendent les raisons et les mécanismes de son efficace et de sa permanence au-delà même des bouleversements socio-historiques (3).

La présentation de la thèse du législateur rationnel s'effectuera selon un plan articulé en cinq chapitres.

Les deux premiers chapitres tendent à préparer l'affirmation de cette thèse en opérant le relevé des contraintes discursives (chapitre I) et juridiques (chapitre II) qui affectent l'opération d'interprétation. L'étude des problématiques modernes du texte et de l'herméneutique (chapitre I) révèlent en effet que loin d'être des données neutres et instrumentalisables, les notions de texte, d'auteur et d'interprétation, autour desquelles pivote notre réflexion, opèrent au service d'une affirmation quasi-légale (l'expression, nous le verrons, apparaît de manière récurrente dans ces théories) du sens. Effet d'imposition que renforce tout naturellement l'action combinée des contraintes spécifiquement juridiques (chapitre II) telles que le rapport constitutionnel des pouvoirs, les directives de la Cour de cassation, la nature systémique du langage juridique et la tendance généralisante inhérente à la règle de justice. De ces premières analyses se dégage l'idée que, loin d'être un argument exceptionnel réservé aux seuls débats au cours desquels se poserait une question explicite d'interprétation de la loi, le législateur rationnel peut être compris comme la catégorie centrale de la méthode judiciaire -celle qui permet d'introduire "de l'un" dans le discours juridique.

Sur cette base, le troisième chapitre propose un modèle théorique de l'interprétation judiciaire de la loi. Cette présentation est précédée par un état et une évaluation des théories de l'interprétation que véhicule la littérature juridique contemporaine et est suivie d'un effort d'appréciation des limites de pertinence de notre propre modèle.

(3) Nous tenterons, en conclusion de la deuxième partie de ce travail, une confrontation entre le concept d'idéologie et notre approche en termes de mythologie.

Un quatrième chapitre spécifie le modèle retenu : à partir de quelques décisions judiciaires, il vise à relever et discuter les différents aspects du postulat de rationalité du législateur.

Enfin, un cinquième et dernier chapitre s'interroge sur les fonctions exercées par ce postulat. Cette ultime réflexion nous conduira progressivement à déborder notre champ d'analyse initiale et nous permettra d'articuler la jonction avec les analyses subséquentes.

La méthode mise en oeuvre dans cette partie de notre travail (mis à part le premier chapitre) est celle de la théorie générale du droit : nous entendons une méthode interne à l'objet étudié. Nous chercherons à rendre compte de la pratique interprétative des cours et tribunaux sans tenter de l'expliquer ni de l'éclairer à l'aide de discours extérieurs au droit (4). Aussi bien le propos de cette première partie, dans l'économie d'ensemble de la thèse, est-il celui de l'"annonce" du thème mythologique : il s'agit de mettre en place et non pas encore d'expliquer et de mettre en rapport.

Ce parti-pris "interne" se reflète dans l'expression même de "postulat de rationalité du législateur". Si notre propos avait été d'emblée critique, il nous aurait fallu parler de quelque chose comme "l'hypothèse de (relative) rationalité propre à l'exercice de la fonction normative". Nous nous en tenons cependant à la première expression qui, moins scientifique que la seconde, traduit cependant mieux la mentalité judiciaire à laquelle elle répond. Quelques mots sur ce point.

L'analyse de la jurisprudence conduit à parler de "postulat" et non d'hypothèse de rationalité du législateur, précisément parce que cette idée est admise de manière dogmatique, sans être soumise à vérification ou discussion. Le postulat, écrit Lalande, "est une proposition qui n'est pas évidente par elle-même, mais qu'on est conduit

(4) Ceci dit sans tomber dans les illusions du "descriptivisme" : toute description est nécessairement, de quelque façon, reconstruction opérée à partir des postulats théoriques (implicites ou explicites) du chercheur. Cette prise de conscience, sous peine de ruiner toute possibilité de communication, ne doit cependant pas mener au solipsisme et au scepticisme mais doit alimenter une vigilance critique permanente.

à recevoir parce qu'on ne voit pas d'autre principe auquel on puisse rattacher soit une vérité qu'on ne saurait mettre en doute, soit une opération ou un acte dont la légitimité n'est pas contestée" (5). Savoir quelle est, pour le juge, "cette vérité qu'on ne saurait mettre en doute" et qui le conduit à recevoir le postulat du législateur rationnel, est une des questions les plus difficiles de notre problématique : nous tenterons de montrer qu'elle consiste dans la thèse que le droit est, inconditionnellement, valide et obligatoire (cf. infra, chapitre I, in fine et chapitre V, section 3) (6); quant à "l'opération ou l'acte dont la légitimité n'est pas contestée", il s'agit sans doute de la nécessité faite au juge de mettre un terme, d'une manière ou d'une autre, à la controverse dont il est saisi (7). Ajoutons encore que la validité ainsi postulée est elle-même une notion surdéterminée, concentrant en proportion variée, selon les sensibilités philosophiques, les critères de légalité, d'effectivité et de légitimité.

Par ailleurs, nous parlerons, suivant encore la jurisprudence à la trace, de "rationalité" du législateur, dans un sens acritique, visant toutes formes de rationalité possibles, tant matérielles que formelles, car tel est précisément l'usage protéiforme qui est fait de l'argument qui nous occupe (cf. chapitre IV) (8).

- (5) A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Paris, 1968, v^o "Postulat".
- (6) H. KELSEN (Théorie pure du droit, trad. de la 1ère éd. par H. THEVENAZ, Neuchâtel, 1953, p.49) parle, dans le même ordre d'idées, du postulat selon lequel "le droit doit être moral" et il montre par ailleurs combien cette idée a servi, et sert encore, à légitimer ou valider le droit positif en vigueur.
- (7) Manière qui, par l'effet du postulat qui nous occupe, n'est précisément pas une manière indifférente.
- (8) Nous tenons, quant à nous, sans y consacrer plus de développements, que l'exercice de la fonction normative ne traduit qu'une rationalité relative. On trouvera un intéressant relevé d'imperfections législatives sous la plume de MM. VAN REMOORTEL et E. VINCK, auteurs du Rapport des commissions réunies de la Justice et de l'Intérieur chargées d'examiner le projet de loi portant création d'un Conseil d'Etat, Doc. Parl., Sénat, S.E., 1939, n°80.

Enfin, nous alignant toujours sur la jurisprudence, nous retenons l'expression de "législateur" plutôt que celles de "jurislateur" ou de "fonction normative", alors même que cette dernière terminologie exprime beaucoup plus correctement la diffraction dans le temps du pouvoir normatif et son éclatement en diverses branches: Constituante, Chambres législatives, Conseils culturels, autorités royale et ministérielle (9). Feignant d'ignorer cette modulation de l'exercice de la fonction normative, le juge parle du législateur comme d'un auteur unique, ce qui ne manque pas de renforcer l'effet d'harmonisation et d'unification qui constitue précisément l'essentiel de son oeuvre.

En définitive, le juge fait "comme si" le législateur était rationnel.

Cette feinte est l'indice de la dérive mythologique.

Ceci étant, nous n'entendons pas dire que la thèse du législateur rationnel épuise l'entièreté de l'acte de juger. Dans le jugement se manifestent aussi des espaces d'appréciation souveraine, de pondération non conceptualisée, d'intuition ineffable. L'étude des facteurs qui déterminent ces espaces de liberté reste un problème ouvert, qui devrait être traité sur base d'un vaste échantillonnage de décisions et à l'aide des méthodes de traitement de l'information. Les quelques travaux dont nous disposons en cette matière concluent cependant à une grande uniformité sur ce plan également (10).

(9) Dans ce sens, on peut dire que la notion anthropomorphique du "législateur", qui sert à désigner (pour le substantialiser) le réseau de fonctions normatives et l'unité des relations entre règles de droit, exerce, dans la théorie dogmatique du droit, un rôle comparable à celui que Kelsen assignait, *mutatis mutandis*, aux concepts d'Etat et du sujet de droit.

(10) M. VAN HOECKE, "Mens en maatschappijbeeld van de rechter" (een verkennend onderzoek van de rechtspraak van het hof van beroep te Gent in 1972), T.P.R., 1975, p.662: "verrassend is wel de homogeniteit van deze mens - en maatschappijbeeld"; P. ROBERT, C. FAUGERON, G. KELLENS, "Les attitudes des juges à propos des prises de décision" in Annales de la faculté de droit de Liège, 1975, pp.25-153: ces auteurs constatent que "le juge renonce de décider de la conviction et cantonne sa fonction à la seule détermination

de la sorte et du quantum de la peine. Il poursuit une seule finalité: la préservation sociale (...). Il procède principalement par application au délinquant de stéréotypes réducteurs." (p.151); E.BERTRAND et P.JULIAN, "La logique et l'éthique judiciaires d'après les arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence (1966-1971)" in Recueil Dalloz, 1973, Chron.VIII, p.79: "l'ordre moral souhaité par le juge demeure subordonné à la loi actuelle."; A-J.ARNAUD, "Autopsie d'un juge. Etude sémiologique de la jurisprudence aixoise en matière de divorce" in A.P.D., 1974, p.225: "le juge aixoise se fait, des causes qui lui sont présentées, une idée souvent très éloignée de la réalité."

CHAPITRE I : CONTRAINTES DISCURSIVES AFFECTANT LA PROBLEMATIQUE DE
L'INTERPRETATION.

Sans prétendre rencontrer l'ensemble des problèmes que suscitent les questions du discours, du texte et de l'herméneutique, nous ne pouvons cependant passer sous silence les enjeux principaux engagés dans ces données. Le danger serait grand, en effet, d'aborder d'emblée la problématique juridique de l'interprétation comme si la notion d'interprétation -et les phénomènes qui lui sont liés : le texte, l'auteur, le sens- se donnaient comme données neutres, a priori et adaptables à tout usage. Une telle représentation ne manquerait pas de reproduire la conception classique et idéaliste du langage qui conçoit celui-ci comme le "vêtement" de la pensée. Une telle conception a pour effet de déréaliser la matérialité du discours et la personne de l'auteur : elle postule implicitement une transparence intégrale du sens qui se communique dans l'espace de la congénialité. Espace provisoirement obscurci par le surgissement d'une difficulté textuelle qu'il appartient précisément à l'interprétation de résoudre, en vue de la restauration de la clarté originelle de la pensée. Dans cette optique, le seul problème digne d'intérêt consiste à étudier et améliorer les techniques de l'interprétation en vue de la récupération de l'intention signifiante. La problématique se disperse en autant d'herméneutiques techniques que de domaines du savoir, la question même du comprendre reste non interrogée.

Si l'on admet au contraire l'inhérence de la pensée au discours, alors les figures de l'auteur, du texte et de l'interprétation prennent un nouveau relief qui engage des questions de fond. Notre thèse est que, loin d'être les instruments abstraits d'où procède, par où passe et grâce auxquels se restaure l'idéalité du sens, ces figures ont leur épaisseur propre qui réfracte de manière décisive le processus de production du dire, l'oeuvre de signifiante. Suivant les indications de M. Barthes et de Mme J. Kristeva nous dirons que le texte (section 1) cristallise le sens et, le mettant à

l'abri de la littéralité, engage sa pérennisation et sa reproduction. Effet que renforce la figure de l'auteur (section 2) qui ne renvoie pas tant à l'indécidable du sujet qu'à l'image unitaire d'un vouloir-dire cohérent et stable, déchiffrable derrière chacune de ses manifestations et principe même de leur unité.

Polarisée par les effets de texte et d'auteur l'herméneutique (section 3) se produit comme réeffectuation du sens dans l'espace ouvert par le texte lui-même. Le langage que le texte institue est la norme des instaurations de l'interprète; il y a fécondité herméneutique mais fécondité endogène.

Aussi sommaires soient-elles, ces notations sont indispensables : elles rappellent aux juristes -qui volontiers parlent "d'interprétation évolutive", "d'affranchissement à l'égard des textes"- les redoutables pouvoirs engagés dans ces questions.

Section 1. Le texte.

L'interprétation commence avec le texte et l'écriture, lorsque se consomme la perte de la situation du dialogue (1). En droit aussi, l'interprétation commence avec le texte (2); elle se développe toute entière dans l'espace de la textualité.

Or qu'est-ce qu'un texte? Dans l'acception classique, le texte est la surface phénoménale de l'oeuvre, l'assemblage de signes matériels qui recueille le sens, l'intention, le vouloir-dire. Conception qui renvoie aux doublets tout aussi classiques du son et du sens, de la lettre et de l'esprit, du signifiant et du signifié. D'un côté la maîtrise de la pensée, de l'autre l'instrumentalité de la matière; de la docilité du signifiant au signifié souverain naît la fermeture du signe et la transparence de la communication.

(1) cf. P. RICOEUR, "La métaphore et le problème central de l'herméneutique" in Revue philosophique de Louvain, 1972, p.93.

(2) cf. K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-New York, 1969, p.292 : "Gegenstand der Auslegung ist der Gesetzestext; A. ROSS, On law and justice, London, 1958, p.11 : "All interpretation of enacted law starts with a text"; J. BROEKMAN, Recht en taal, Deventer, 1979, p.95, qui souligne l'importance pour le juriste de s'interroger sur la textualité et son pouvoir raréfiant.

Cette conception du texte se maintient car elle est liée à la métaphysique de la vérité : la littéralité même du texte, son irrécusable matérialité, garantit l'écrit, authentifie son sens, son origine, sa vérité. Fonction de garantie qui inscrit le texte dans l'archétype du juridique. M. Barthes a admirablement développé cette idée : "le texte est, dans l'oeuvre, ce qui suscite la garantie de la chose écrite, dont il rassemble les fonctions de sauvegarde : d'une part la stabilité, la permanence de l'inscription (...) et, d'autre part, la légalité de la lettre, trace irrécusable du sens que l'auteur y a intentionnellement déposé" (3). Mais cette légalité ne serait rien si elle n'était soutenue par un réseau d'institutions, une tradition d'idéaux qui l'environnent et dessinent le champ où s'exerce son effet de textualité. Comme le dit M. Broekman, "chaque texte a passé un pacte secret avec l'institution sociale au nom de laquelle il parle" (4). Or l'herméneute qui se mesure aux textes doit être bien conscient du prix payé pour garantir ce pacte : le texte ne se produit comme légalité du sens qu'au prix d'une très réelle raréfaction des possibilités du dire et d'une conformisation à son prescrit. C'est M. Barthes encore qui a le mieux décrit les conséquences du pacte ainsi noué entre le texte et l'institution : "le texte, c'est l'écrit en tant qu'il participe au contrat social; il assujettit, exige qu'on l'observe et le respecte" (5).

Dans ces conditions, la force de la théorie classique du texte est d'occulter ce phénomène de maîtrise en suggérant la malléabilité, la fluidité du texte, instrument transparent parfaitement accordé à la spontanéité de la pensée. On dira sans doute que cette doctrine classique ne méconnaît pas les problèmes spécifiques de la textualité puisqu'aussi bien elle élabore une théorie de l'interprétation. Nous l'accordons; mais ce qu'il faut bien voir c'est que la problématique du texte, telle que nous l'avons présentée, engage né-

(3) R. BARTHES, Enc. Universalis, V° texte (théorie du), p.1013.

(4) J. BROEKMAN, Recht en taal, op.cit., p.98; cf. R. BARTHES, ibidem, p.1014 : "la notion de texte est donc liée historiquement à tout un monde d'institutions : droit, Eglise, littérature, enseignement".

(5) R. BARTHES, ibidem.

cessairement une pratique déterminée de l'interprétation. S'il est vrai que la fonction du texte est d'arrêter la dérive du sens, alors l'interprétation, qui, par hypothèse, postule une défaillance de cette fonction, doit nécessairement se réinscrire dans ce dessein. Quand s'opère l'une ou l'autre brèche dans l'intégrité du signe ou la clôture de l'oeuvre, deux procédures de récupération sont mises en oeuvre, solidaires dans leurs propos : une démarche philologique qui tend à restituer la plénitude du signifiant, une démarche herméneutique qui tend à regagner la cohérence du signifié. De la restitution du signifiant, on passe naturellement à l'interprétation canonique du signifié (6).

Sans doute, même envisagée de la sorte, l'interprétation n'est pas reduplication. Elle est même d'une ingéniosité rarement prise en défaut. Mais, comme M. Foucault l'a bien vu, l'interprétation des "textes de surplomb", textes qui "sont dits, restent dits et sont encore à dire", avec pour exemple -est-ce un hasard?- les textes religieux ou juridiques, se produit comme commentaire dont l'infini renouvellement masque mal le dessein unique d'arriver enfin à accomplir le texte, articuler ce que depuis toujours il visait. Dans ces conditions, "le moutonnement indéfini des commentaires est travaillé de l'intérieur par le rêve d'une répétition masquée : à son horizon, il n'y a peut-être rien d'autre que ce qui était à son point de départ, la simple récitation" (7).

Avant d'en venir à cette problématique de l'interprétation, quelques notations concernant la fonction d'auteur.

Section 2. L'auteur.

L'image classique de l'auteur est celle du génie: personnalité détentrice d'un message, créatrice d'un langage nouveau, bouleversant par son oeuvre les conventions acquises. Le contraire donc d'une fonction de raréfaction. A y regarder de plus près, cette image s'altère. Dans l'interprétation des "textes de surplomb", l'auteur ne renvoie pas

(6) R. BARTHES, ibidem.

(7) M. FOUCAULT, L'ordre du discours, Paris, 1971, pp.26-27.

tant à la faille du sujet de désir -celui qui, effectivement, pourrait articuler une parole vive- qu'à la cohérence d'un projet rationnel. L'auteur, dans ces conditions, fonctionne comme principe d'unification de l'oeuvre, garant de sa continuité, répondant de sa logique (8). C'est à partir de son image idéalisée que se définiront les oeuvres de jeunesse et de vieillesse, de moindre intérêt, et le corpus de la maturité, centre géométrique de l'oeuvre. Principe du commentaire, l'auteur focalise une reconstruction rationnelle du texte qui pourra se passer de tous les traits qui ne correspondent pas au modèle retenu. Principe de l'écriture, la fonction d'auteur raréfie la composition en l'ordonnant à l'idéal de cet auteur que l'on est jamais entièrement. Ici aussi l'archétype de l'écriture religieuse et juridique s'impose : Ecritures religieuses rapportées, à travers les âges, à une commune inspiration; Codes juridiques ramenés à un même auteur, le législateur rationnel. Mieux encore : M. Derrida a pu présenter la notion d'auteur à partir de celle de législateur : propriétaire d'une essence textuelle, l'auteur est "le dictateur du sens qui impose son dit comme le légiste impose sa volonté" (9).

De nouveau c'est la force de la représentation classique que de s'adosser à l'image de l'auteur qui semble bien renvoyer à la singularité de l'individuel, à la spontanéité du créateur. Mais ce dispositif est aujourd'hui récusé par les théories modernes du texte qui renoncent aux illusions de la conscience intentionnelle et désignent l'appartenance de l'auteur (comme d'ailleurs du lecteur) à l'espace de l'intertextualité. Champ du travail de la signifiante, lieu de production ininterrompue, l'intertextualité a pour effet d'immerger les textes de surplomb et les figures d'auteur dans l'anonymat d'une circulation généralisée du discours qui renvoie aux déterminations pulsionnelles et sociales (10).

(8) G. TARELLO, "Sur la spécificité du raisonnement juridique" in A.R.S.P., beiheft Neue Folge, n°7, pp.118-119; M. FOUCAULT, op. cit., pp.28-31.

(9) cité par J. GREISCH, Herméneutique et grammatologie, Paris, 1977, p.193.

(10) cf. J. KRISTEVA, Séméiotikè. Recherches pour une sémanalyse, Paris, 1969.

Par où se trouvent également visées les théories modernes de l'interprétation juridique qui tendent à déplacer la fonction d'auteur : du législateur, mis entre parenthèses, au juge doté du pouvoir de création juridique (sur le modèle de la Cour suprême des Etats-Unis). Le pôle de référence se déplace, mais la fonction d'auteur demeure qui modèle la compréhension du texte sur le patron d'une visée intentionnelle souveraine (11).

On ne renonce cependant pas si aisément au dispositif classique tant il est vrai qu'il s'inscrit, comme le souligne Mme Kristeva (12), dans l'orbite d'un sacré (le texte est rapporté à une conscience intentionnelle suprême), qui opère comme une magie (le texte conjure l'aléa du dehors, domine l'extériorité) et qu'il garantit un effet (l'effet littéraire du beau, l'effet juridique du juste...). Triple détermination dont -c'est le propos de toute notre étude de le montrer- se soutient et grâce à laquelle se perpétue l'efficace du discours juridique.

Section 3. L'interprétation.

Sans remonter au "Peri Hermeneias" d'Aristote, on peut décrire l'évolution de la problématique moderne de l'herméneutique de Schleiermacher à Diltey et de Diltey à Heidegger, comme un passage de la fusion romantique dans l'univers de l'auteur, à l'ouverture contemporaine au monde du texte.

Schleiermacher eut le mérite de dégager l'herméneutique des recettes philologiques dans lesquelles elle s'enlisait; il tenta d'élaborer -à la manière kantienne- la théorie des conditions a priori de possibilité du comprendre. Mais ce programme critique tourna court sous l'influence de la philosophie romantique ambiante : la tâche herméneutique fut présentée comme "acte divinatoire" visant à réeffectuer l'acte même de création. Interprétation subjective qui devait amener le lecteur à "comprendre l'auteur mieux qu'il ne s'est

(11) cf. J. BROEKMAN, "Recht en structuralisme" in Rechtsphilosophie en Rechtstheorie, déc. 1973, pp.14 et sv.; du même, "Rechtsvinding" in Een boek voor hen en voor ons, K.U.L., 1975, pp.44 et sv.

(12) J. KRISTEVA, op.cit., p.12.

compris lui-même" (13).

Dilthey poursuivit cette entreprise et l'engagea définitivement dans l'impasse du psychologisme en présentant la condition de réussite de l'interprétation comme congénialité de l'interprète et de l'auteur, et cela à l'heure où s'amorçaient les critiques nietzschéenne, freudienne et marxiste de l'ego cogito. Il faudra attendre le renversement heideggerien pour qu'enfin se relance la réflexion herméneutique.

Avec Heidegger, la précompréhension qui conditionne l'interprétation n'est plus congénialité mais être-au-monde. L'homme est ce Dasein dont l'être est de comprendre l'être : de la situation de l'homme (Befindlichkeit) se dégagent des lignes d'intelligibilité, des projets, des possibilités de s'orienter dans le monde. A son tour, cette précompréhension forme le fond sur lequel se détache la parole signifiante; si donc il y a texte et interprétation, c'est à partir de cette donation de sens originelle (14).

De ce déplacement de la problématique -du monde privé de l'auteur au domaine ontologique du texte-, les représentants contemporains du courant herméneutique (MM. Gadamer, Ricoeur et Ladrière, notamment) allaient tirer le plus grand profit pour l'élaboration d'un modèle méthodologique de l'interprétation.

Le point de départ de la réflexion de M. Gadamer nous intéresse au plus haut point : "le véritable modèle (de l'interprétation dans les sciences de l'homme), affirme-t-il, est fourni par l'herméneutique juridique et par l'herméneutique théologique" (15). Non que M. Gadamer ignore la provocation inhérente à un tel parti-pris : ces sciences de l'homme ne se sont-elles pas précisément constituées comme sciences du jour où elles ont renoncé au dogmatisme des conceptions ambiantes- dogmatisme dans lequel baigne encore l'interpréta-

(13) cf. notamment R. BULTMANN, Foi et compréhension, trad. A. MALET, Paris, 1968, p.602 et sv.; H.G. GADAMER, Vérité et méthode, trad. E. SACRE, Paris, 1976, p.234.

(14) M. HEIDEGGER, Sein und Zeit, Tübingen, 1960, pp.149-154.

(15) H.G. GADAMER, op.cit., pp.152-153.

tion juridique? (16)

C'est délibérément que M. Gadamer assigne le modèle juridique à la problématique générale de l'herméneutique : les juristes ont su conserver en effet l'essentiel de la méthode de l'interprétation qui peut se définir comme "l'appartenance de l'interprète à son texte" (17). Le juriste, tout comme le théologien, sait que l'application d'un texte -son adaptation aux circonstances présentes- ne représente pas une prise de liberté par rapport à ce texte : le juge n'est pas libre de prendre distance historique à l'égard de son texte (18). Non qu'il renonce à le faire évoluer : ce fixisme est à l'opposé de la méthode herméneutique; c'est plutôt qu'érigéant le texte juridique en modèle, une précompréhension est ainsi impliquée qui ne laisse plus subsister d'indécision, mais qui a déjà choisi et se sait engagée. Ce "rapport de disciple à maître" n'induit pas la simple reproduction du même; il engage plutôt la poursuite du grand entrelacement de la tradition qui "nous soutient tous" (19).

Quel est, dira-t-on, ce point de vue imposé, ce préjugé fécond qu'on n'est pas libre d'apprécier? Pour le juriste, il tient dans l'idée que le droit est valable absolument, obligatoire pour tous (20). Pour le théologien, ce point de vue n'est autre que celui de la foi elle-même qui lit le texte comme message du salut (21). De cette révélation, la prédication n'est pas explication ni ajout mais l'accomplissement même, tout comme la sentence du juge n'est pas un supplément à la loi mais sa réalisation (22). M. Ladrière peut bien conclure alors que "la théologie est le langage de l'humilité qui prend le langage constitué de l'Écriture et de la Tradition pour norme de ses propres instaurations" (23). Quant à l'apport spécifiquement rationnel de cette approche, il tend à aménager de façon cohé-

(16) H.G. GADAMER, op.cit., p.167.

(17) H.G. GADAMER, op.cit., p.171.

(18) H.G. GADAMER, op.cit., p.175.

(19) H.G. GADAMER, op.cit., p.181.

(20) H.G. GADAMER, "Hermeneutik als theoretische und praktische Aufgabe" in Rechtstheorie, Band 1978, Heft 3, p.266; du même, op.cit., p.172.

(21) J. LADRIERE, "Théologie et langage de l'interprétation", loc.cit., p.257.

(22) H.G. GADAMER, op.cit., p.175.

rente la visée ouverte par l'expérience de la foi et à l'intégrer dans l'ensemble du discours.

Herméneutiques théologique et juridique peuvent donc être proposées en modèles aux sciences humaines dans la mesure où elles ont su rester fidèles à ce qu'à partir de leurs textes respectifs, elles ont "le devoir de faire valoir" (24). Elles illustrent ainsi l'inéluclabilité du cercle herméneutique qui veut qu'une fois entré dans le monde du texte, celui-ci devienne étranger et incohérent si on s'abstient d'y croire, de parier sur la plénitude de son sens (25). Ou encore : l'expérience du juge et du prédicateur enseigne de façon vraiment archétypique qu'il n'est d'herméneutique féconde qui n'opère à partir de "préjugés", germinant dans l'espace d'une "tradition" et dans l'aura d'une "autorité". De cette triple détermination se dégage une anticipation de sens qui traduit l'appartenance de l'interprète à la communauté qu'unit la tradition en même temps qu'elle en constitue une application spécifique et toujours nouvelle, de sorte qu'autorité et tradition sont à leur tour affectées par l'oeuvre de l'interprète. Dialectique du comprendre que M. Ricoeur, dans le sillage de Heidegger et de M. Gadamer, qualifie de "fusion des horizons" (26).

Il y a donc, à la base de tout le processus interprétatif, une entente sur ce qui, dans le texte, est en jeu. La "Vorverständnis" est une "Einverständnis" (27), la précompréhension est une adhésion.

Une fois reconnue l'efficacité de ces préjugés constitutifs que détermine l'appartenance à une tradition vivante, il faut se demander comment ils opèrent d'un point de vue plus technique. C'est ici que M. Gadamer engage le concept décisif : l'anticipation de la perfection (28). L'interprète, quel qu'il soit, parie sur la perfection du texte, postule la plénitude de son sens (29).

(23) J. LADRIERE, "Le rôle de l'interprétation en sciences, en philosophie et en théologie" in Science, philosophie, foi, Paris, 1974, p.241.

(24) H.G. GADAMER, op.cit., p.153.

(25) en ce sens, B-D.D., v° herméneutique in Enc.Universalis, p.366.

(26) P. RICOEUR, "La métaphore et le problème central de l'herméneutique", loc.cit., p.108.

(27) H.G. GADAMER, "Le problème herméneutique" in Archives de philosophie, 33, 1970, p.8.

(28) H.G. GADAMER, op.cit., pp.133-134.

(29) cf. dans le même sens, A. ROSS, op.cit., p.122

A partir de cette présupposition s'opère une reconstruction sans limites du texte : nous présupposerons par exemple que l'auteur utilise les mots de la langue, que nous partageons avec lui, dans leur sens usuel et approprié (30); nous présupposerons que l'auteur exprime une pensée cohérente (l'interprète devra opérer la "saturation" de cette attente de sens) (31); et enfin, non content de postuler une unité de sens immanente au texte, l'interprète postulera encore un rapport transcendant de congruence entre le texte et la vérité (32).

Dans ces conditions, le travail de l'interprète, opérant d'infinies variations sur un thème connu et indiscuté, s'apparente, selon l'heureuse expression de M. Ricoeur, au travail du style (33). Dans le monde ouvert par le texte, s'opère, selon un jeu de transformations réglées, une autogenèse du sens. Sans doute MM. Ricoeur et Gadamer insistent-ils sur le fait qu'une telle pratique herméneutique est féconde et créatrice. Peu nous importe cette évaluation; de même nous abstenons-nous, pour l'instant, de qualifier cette pratique d'intégratrice et de raréfiante (34).

(30) H.G. GADAMER, op.cit., p.106.

(31) J. LADRIERE, "Le rôle de l'interprétation en sciences, en philosophie et en théologie", loc.cit., pp.215 et sv.; cf. aussi E. BETTI, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, 1967, pp.219 et sv. qui parle du "Kanon der Einheit"; l'idée est reprise aussi par C.W. CANARIS, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin, 1969, p.14.

(32) H.G. GADAMER, op.cit., p.134 : "le préjugé de la perfection ne se contente pas d'exiger de manière formelle d'un texte qu'il exprime son opinion de manière parfaite, mais aussi que ce qu'il énonce soit la parfaite vérité".

(33) P. RICOEUR, Cours sur l'herméneutique, Louvain 1971-1972, pp. 40 et sv.; A. ROSS, (op.cit., p.109) utilise également ce concept pour qualifier l'interprétation en droit.

(34) En fait, le concept même de "style" (au sens où l'on parle du style "classique", du style "belle époque") évoque l'idée d'une fécondité à l'intérieur d'un corpus conventionnel donné. Remarquons par ailleurs que si, avec MM. Gadamer et Ricoeur, la problématique herméneutique a su se dégager du subjectivisme romantique (fusion de consciences, congénialité), elle ne s'est pas pour autant départie de ses implicites intentionnels et unitaires (en ce sens, cf. J. BROEKMAN, "Recht en structuralisme", loc.cit., p.14). Nous voyons cependant un avantage majeur à cette situation théorique : c'est qu'elle ne travestit pas la pratique réelle de l'interprétation (notamment juridique).

L'important est de relever une entière concordance entre l'analyse du phénomène herméneutique réalisée par MM. Ricoeur et Gadamer (ce dernier accordant même une valeur paradigmatique à l'interprétation juridique) et nos propres analyses de la démarche interprétative du juge.

Ainsi, ce trop rapide passage par la théorie herméneutique contemporaine aura-t-il permis d'articuler la procédure technique de l'interprétation -une reconstruction unifiante polarisée par l'anticipation de la perfection- à un corps de croyance qui se recueille dans le texte et qui, pour le juriste, s'énonce en la proposition de la validité absolue du commandement juridique.

Articulation du mythique et du logique, recoupement des problématiques de la validité et de l'intelligibilité, qui rejoint nos analyses des concepts de "texte" et d'"auteur" et qui, plus largement, sert de fil conducteur à nos réflexions.

Chapitre II : Contraintes juridiques affectant la problématique de l'interprétation.

Au-delà des contraintes discursives qui marquent l'herméneutique des textes en général, il convient d'étudier les contraintes spécifiquement juridiques qui affectent l'interprétation judiciaire de la loi. Cette étude serait évidemment grandement facilitée si le droit positif belge contenait une ou des règles imposant un cadre institutionnel et méthodologique précis relatif à cette problématique. Notre première question sera donc de savoir si pareil modèle normatif de l'interprétation existe dans notre droit (section 1).

Force nous sera de répondre à cette question par la négative : si le droit positif trace un cadre institutionnel à l'exercice de la fonction judiciaire, en revanche on ne peut soutenir qu'il impose un corps de méthode herméneutique déterminée. Néanmoins, le rapprochement des articles 5 et 6 du Code judiciaire ainsi que 95 et 97 de la Constitution permet d'élaborer un modèle quasi-normatif de l'office du juge. Tenu de résoudre les litiges qui lui sont soumis même en cas de défaillance de la loi écrite, le juge n'exerce cependant pas sa mission de manière autonome; il lui est interdit de statuer par voie de disposition générale et réglementaire et il lui faut motiver sa décision par référence au droit positif sous le contrôle de la Cour de cassation. Ce système, basé sur les piliers de notre ordre constitutionnel que sont les principes de séparation des pouvoirs, de légalité et de souveraineté nationale, est amplifié et précisé par les directives d'interprétation élaborées au cours des années par la Cour de cassation elle-même et la doctrine qui enregistre celles-ci. Obligation est ainsi faite au juge, tenu de trouver la solution à tout problème au sein du droit positif en vigueur, de développer, jusqu'aux limites de la fiction, les virtualités du système juridique. S'en induit une méthode de type systématique qui trouve une expression commode dans l'argument du législateur rationnel.

Mais l'étude des déterminations juridiques qui pèsent sur la méthode du juge ne peut se limiter à la prise en compte des indications fournies par le droit en vigueur; d'autres contraintes se manifestent qui, pour être plus diffuses, n'en sont pas moins déterminantes. C'est l'action du langage et des valeurs juridiques (section 2) que nous visons. A isoler l'opération d'interprétation de la loi de l'ensemble du raisonnement tenu par le juge pour proposer une solution juridique à un cas d'espèce, on court le risque en effet de négliger le rapport extrêmement étroit qui se noue entre l'établissement du fait, son interprétation, sa qualification juridique, le choix de la disposition pertinente, son interprétation, son application; du fait même, c'est la conscience de l'immersion de l'opération d'interprétation de la loi dans le milieu du langage et des valeurs du droit qui risquerait d'être perdue. C'est que cet ensemble d'opérations communique intimement par l'oeuvre du langage et des valeurs juridiques. Sans entrer dans le détail d'une étude de ce langage et de ces valeurs, ce qui ne manquerait pas de nous mener bien au-delà des limites de ce travail, il nous faut néanmoins tenter d'appréhender le rôle qu'ils exercent sur la production jurisprudentielle.

Nous verrons, au terme de cette analyse, que la spécificité tant du langage juridique que des valeurs juridiques essentielles (justice, égalité, sécurité) est d'opérer une très sérieuse raréfaction du donné existentiel en vue de l'établissement de règles et catégories générales à manipuler comme système.

Sur ce plan encore, le postulat du législateur rationnel apparaît comme le principe heuristique, l'idée régulatrice suprême. C'est par l'étude du statut de "l'idée régulatrice" selon Kant que nous clôturerons ce chapitre.

Section 1. Un modèle quasi-normatif d'interprétation.

L'idée de réglementer la pratique de l'interprétation n'est pas neuve; on en trouve de nombreux exemples dans l'histoire. Merlin rapporte que Charlemagne déjà imposait le "référé législatif"; même obligation est faite aux juges de s'en référer au Roi en cas "de doute ou de difficulté sur l'exécution de quelques articles" dans l'ordonnance touchant la réformation de la justice d'avril 1667 (1); parfois on interdit de citer des ouvrages doctrinaux (2) ou de la jurisprudence antérieure (3) au cours d'un procès.

De cet héritage, notre Constitution porte indirectement la marque. Ainsi, si elle pourvoit à l'installation d'un pouvoir judiciaire, elle ne manque pas de préciser (art. 28) que l'interprétation des lois par voie d'autorité n'appartient qu'au pouvoir législatif. Ce système entraîne la distinction entre interprétation doctrinale qui revient aux Cours et tribunaux et qui ne s'impose que dans l'espèce tranchée et interprétation authentique qui est le fait du pouvoir législatif (" Ejus est interpretari, cujus est condere") disposant de façon générale et obligatoire (cf. C.J., art. 7). Il fallut attendre la loi du 7 juillet 1865 supprimant la technique du référé législatif que main-

- (1) M. MERLIN, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5^e éd., Bruxelles, 1826, V^o interprétation, p.479; sur l'intervention du "législateur" en matière d'interprétation, cf. aussi P. GODDING, "L'interprétation de la loi dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays-Bas méridionaux" in L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, pp.473-478.
- (2) Constitution piémontaise de 1729.
- (3) Code prussien de 1794; sur le "totalitarisme législatif" selon lequel les règles, expressions de la volonté du souverain, ne tolèrent aucune interprétation, cf. J. ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen, 1956, pp.293-297.

tenait encore la loi du 4 août 1832 (après seconde cassation) (4), pour que le dispositif dualiste mis en place fonctionne réellement de manière autonome : au judiciaire, contrôlé par une Cour de cassation désormais souveraine, l'interprétation doctrinale; au législatif, le pouvoir (facultatif) de prendre des lois interprétatives (5). Ainsi se trouve fermement consacré le principe de la séparation des pouvoirs : le législatif, sphère politique, crée le droit; le judiciaire, sphère juridique, applique le droit. Si, en apparence, une marge de liberté nouvelle est ainsi accordée au juge, en réalité le système nouveau conduit à masquer les liens entre le prétoire et le social (ou le politique) et à enfermer les juges, sous l'autorité de la Cour de cassation, dans un système juridique clos et autonome (6).

Ces premières analyses ne nous livrent cependant aucune indication précise concernant les méthodes d'interprétation et les objectifs que le juge devrait mettre en oeuvre. Devra-t-on suivre l'opinion de M. Wiederkehr selon lequel "aucune loi n'impose, ni même ne propose de méthodes d'interprétation" (7)? On pourrait songer à appliquer par analogie, à l'interprétation des lois, les principes établis par le Code civil pour l'interprétation des conventions (art. 1156 et sv.). Mais outre les objections tirées de la différence de nature entre lois et conventions, il faut bien reconnaître que, même en ce qui concerne les contrats, l'autorité des

- (4) Sur les difficultés entraînées par le système de référé obligatoire de la loi de 1832, cf. F. LAURENT, Principes de droit civil, Paris-Bruxelles, 1887, t.I, p.363 et sv. Il est à noter que notre évolution législative sur ce point a suivi celle de la France : si la loi du 24 août 1790 imposait la pratique du référé législatif, une loi du 16 septembre 1807 imposa le référé au gouvernement; le 30 juillet 1828, le référé était imposé, après seconde cassation, à une cour royale, tandis qu'enfin une loi du 1er avril 1837 consacrait le caractère obligatoire du second arrêt de cassation (sur cette évolution, cf. C. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, Paris, 1854, t.I, p.129 et sv.).
- (5) Pour quelques exemples de lois interprétatives récentes, cf. W. VAN GERVEN, Beginnselen van belgisch privaatrecht, algemeen deel, Antwerpen, 1969, p.52.
- (6) en ce sens, A.J. ARNAUD, "Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique" in L'interprétation dans le droit, A.P.D., 1972, p.168.
- (7) G. WIEDERKEHR, Dalloz. Répertoire de droit civil, v°Loi, n°160.

articles 1156 et suivants est essentiellement une autorité de raison (8). Ces règles appartiennent sans doute plus à une tradition juridique qu'à un code particulier. C'est d'ailleurs l'idée qui a conduit à la suppression du titre préliminaire du Code civil, établi par Portalis, des règles d'interprétation des lois qu'il contenait. Bien que non écrites, il faut cependant remarquer qu'aucune d'entre elles ne fut abandonnée dans la suite : ainsi des règles "quand la loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit", "pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi, il faut en combiner et en réunir toutes les dispositions", "il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas", "on ne doit raisonner d'un cas à l'autre, que lorsqu'il y a même motif de décider"(9). Le législateur de 1804 a eu raison de ne point codifier ces règles : faisant partie du bagage traditionnel de la dogmatique juridique, il serait aussi vain de les édicter que de les abroger. Elles forment un vaste arsenal d'arguments susceptibles d'appuyer n'importe quelle thèse; aussi l'important n'est pas tant d'établir l'inventaire de ces arguments que de s'interroger, comme nous tenterons de le faire dans le chapitre suivant, sur l'objectif au service duquel ils sont mis en oeuvre.

Or, de ce point de vue, le titre préliminaire du projet de Code civil de Portalis contenait deux articles, les articles 4 et 5 (devenus les articles 5 et 6 de notre Code judiciaire), qui furent retenus dans la codification définitive et qui, eux, sont précisément de nature à orienter la démarche interprétative du juge.

(8) en ce sens, G. WIEDERKEHR, *ibidem*; cf. aussi E. CAUSIN, "L'interprétation des contrats en droit belge" in L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, p.281 et sv.

(9) Sur ces dispositions, cf. M. TOULIER, Le droit civil français suivant l'ordre du code, t.I, Bruxelles, 1887, p.34 et sv.; il est significatif de constater que F. LAURENT (*op.cit.* pp.339-356) base l'ensemble de son exposé des règles d'interprétation sur une paraphrase des articles supprimés du titre préliminaire du Code civil.

Traçant les lignes de force du rapport juge-législateur, ces articles déterminent en profondeur les objectifs assignés à l'office du juge. Le système de nos articles 5 et 6 du Code judiciaire établit le régime "d'autonomie relative", de "liberté surveillée" qui est celui de notre pouvoir judiciaire. L'article 6 -qui interdit aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises- prohibe les "arrêts de règlement"; l'article 5 qui prévoit le déni de justice "lorsque le juge refuse de juger sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi", a pour objet -qui ne fut entièrement atteint qu'après la loi, déjà mentionnée, du 7 juillet 1865- d'éviter le recours à la technique du référé législatif. Le rapprochement des deux articles semble conduire à un dispositif harmonieux : dans sa sphère (le règlement de contestations ponctuelles), le judiciaire est souverain. A plus ample analyse, le système ne laisse cependant pas d'être paradoxal. L'article 6 en effet se complète de l'obligation de motivation des décisions judiciaires (Constitution, art. 97) et de l'instauration d'une Cour de cassation (Constitution, art. 95) qui, contrôlant ces motivations, "veille à ce que le règne de la jurisprudence ne soit pas une usurpation du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif" (10). S'en dégage l'idée que la motivation des décisions prend appui sur des règles générales de droit positif consacrées ou, à tout le moins, admises par le législateur. Le juge ne "crée" pas la règle de droit, il la "trouve" ("rechtsvinding") et l'applique (11). Or précisément, devoir est fait au juge de trancher les litiges même en cas de défaillance de la loi.

On peut évidemment interpréter l'article 5 du Code judiciaire comme invitant le juge à déclarer recevable mais non fondée la prétention du demandeur qui ne s'appuierait sur aucun texte de

(10) L. CORNIL, La Cour de cassation. Considérations sur sa mission, Bruxelles, 1950, p.15; M. PERELMAN ("La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse" in La motivation des décisions de justice, Bruxelles, 1978, p.417) montre bien que l'obligation de motivation visait essentiellement à soumettre les juges à la volonté de la nation qu'incarne le législateur.

(11) F. DUMON, La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions, Mercuriale prononcée le 1er septembre 1975, J.T., 1975, p.543; cf. encore F. DUMON, ibidem, p.565: "le juge applique aux faits et circonstances la règle qui se dégage du droit positif".

droit positif (12). Mais cette interprétation, en opposition avec les opinions émises par les rédacteurs du Code civil (13), n'est que rarement reprise par la jurisprudence. Deux autres interprétations ont été avancées (14) : la première vise à reconnaître au juge, en cas de défaillance de la loi écrite, un réel pouvoir normatif (15); la seconde, au contraire, soutient que si la lettre de la loi est défailante, son esprit ne saurait l'être, de sorte qu'une solution peut et doit se dégager de l'esprit du droit qui se manifeste dans d'autres sources formelles telles que coutumes et principes généraux.

A s'en référer -à ce stade de notre étude- à la récente mercuriale du Procureur Général Dumon, c'est cette troisième interprétation, éventuellement combinée avec la première, qui prévaut aujourd'hui : l'article 5 envisage le cas de défaillance de la loi écrite et enjoint au juge de trancher en référence à une règle de droit positif dégagée, par prospection et harmonisation, de l'ensemble des sources formelles (3^e interprétation); ce n'est qu'en cas d'échec de cette procédure -dans l'hypothèse (rare) d'une absence de règles de droit- que le juge débouterà le demandeur (1^{ère}

- (12) Cette thèse a été défendue par l'Ecole de l'exégèse; P. FORIERS ("Les lacunes du droit" in Le problème des lacunes en droit, Bruxelles, 1968, pp.11-12) la résume ainsi : "le législateur a voulu que le juge, institué pour juger, juge, mais ne lui impose nullement de créer une norme là où il n'y en a pas".
- (13) Pour un relevé de celles-ci, cf. C. HUBERLANT, "Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi" in Le problème des lacunes en droit, op.cit., pp.51-56.
- (14) Sur les différentes interprétations possibles de cette disposition, cf. A. BAYART, "L'article 4 du Code civil et la mission de la Cour de cassation" in J.T., 1956, pp.353 et sv.
- (15) S. BELAID, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, Paris, 1974, p.19.

interprétation) (16).

La deuxième interprétation, qui consacre le pouvoir normatif du juge en cas de défaillance de la loi, ce qui s'oppose au principe de séparation des pouvoirs et à l'obligation de motivation en référence au droit positif, n'est conjurée qu'au prix de l'introduction d'un mythe ou d'un postulat -la plénitude de l'ordre juridique considéré dans son ensemble.

Comme le souligne MM.Alchourron et Bulygin, ce postulat se maintient en dépit des critiques récurrentes dont il est l'objet parce qu'il permet de concilier les exigences contradictoires de prohibition du déni de justice et d'obligation de motivation legaliste (17). S'il faut toujours juger en s'appuyant sur la loi, même en l'absence de loi, on ne peut sortir de l'impasse qu'en distinguant la lettre et l'esprit, la loi et le droit.

Dans ce passage, c'est le glissement de l'interprétation "scientifique" à l'interprétation "opérative" qui se produit. Si l'interprétation scientifique conduit à l'établissement des divers

(16) F. DUMON, "La mission des cours et tribunaux...", loc.cit., p.565 : "le but dudit article 4 ne fut point de confier au juge une mission législative qui eût d'ailleurs été en opposition avec nos institutions constitutionnelles. Cette disposition ne vise que l'insuffisance de la loi, ce qui oblige le juge non pas à combler les lacunes du droit -mission du législateur- mais celles de la loi en ayant recours aux autres sources formelles du droit (coutumes, principes généraux...). Enfin, cette vénérable disposition ne saurait évidemment signifier que le juge doit toujours découvrir une règle, peu importe où, fût-ce dans "l'équité" ou "la justice", à laquelle, en l'appliquant dans son oeuvre juridictionnelle, il conférerait valeur et force de règle du droit positif. Décider qu'aucune règle du droit positif ne trouve application en l'espèce est se conformer au prescrit de l'article 4". Il est à remarquer que cette dernière interprétation n'entame en rien le dogme de plénitude de l'ordre juridique : débouter le demandeur, c'est prêter au droit une solution négative (parfois appelée "règle de liberté"); c'est sur cet argument que Kelsen base sa thèse de l'absence de lacunes des ordres juridiques (H.KELSEN Théorie pure du droit, trad. 1ère édition par H. THEVENAZ, Neuchatel, 1953, p.142).

(17) C.ALCHOURRON et E. BULYGIN, Normative Systems, New-York-Wien, 1971, p.178.

sens possibles que revêt une norme, ou même à la constatation de l'absence ou de la contradiction des normes, l'interprétation opérative -qui est le fait du juge tenu de mettre un terme à une controverse- implique qu'un choix soit opéré entre les possibilités ouvertes par l'interprétation à base de connaissance (18). Or, si la première forme d'interprétation est scientifique et critique, la seconde est pragmatique et dogmatique. En effet, si l'on comprend que pour des raisons pratiques évidentes le juge soit tenu de livrer une solution aux litiges qui lui sont soumis (principe de clôture de l'ordre juridique), on doit constater avec MM. Conte et Weber que le dogmatisme de nos ordres juridiques légalistes conduit à dégager de ce principe de clôture, les postulats de complétude, de cohérence et de transparence du système en vigueur, ce qui n'est évidemment pas du tout justifié d'un point de vue critique (19).

Comme le souligne très justement M. Huberlant, la disposition de l'article 5 a pour objet "d'assurer au système de droit dont elle fait partie un caractère complet et un caractère d'intelligibilité en chacune des règles qui le constituent" (20).

A l'obligation de juger même en cas d'obscurité de la loi, correspond le postulat dogmatique que tout texte présente un sens vrai susceptible d'être déterminé par le juge; à l'obligation de juger même en cas d'insuffisance ou de silence de la loi, répondent les postulats dogmatiques de cohérence et de complétude du système juridique.

(18) Sur cette distinction, cf. H. KELSEN, Théorie pure du droit, trad. 2^e éd. par C. EISENMANN, Paris, 1962, p.461 et sv.; L. FERRAJOLI, "Interpretazione dottrinale e interpretazione operative" in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1966, p.290 et sv.; J. WRÓBLEWSKI, "L'interprétation en droit: théorie et idéologie" in L'interprétation dans le droit, op.cit., p.54.

(19) G. CONTE, "Décision, complétude, clôture" in Le problème des lacunes en droit, op.cit., p.74; M. WEBER dégage plusieurs postulats de la science juridique moderne notamment le fait que chaque décision judiciaire est l'application à un fait concret d'une norme juridique abstraite, le fait qu'il est possible, en toutes circonstances de déduire une solution du système de règles en vigueur à l'aide de la logique juridique, le fait que le système juridique est, actuellement ou virtuellement, un système complet, etc... (M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, 5^e éd., Tübingen, 1972, p.397).

(20) C. HUBERLANT, "Les mécanismes institués..." loc.cit., p.50; dans le même sens, C. PERLEMAN, "Essai de synthèse" in Les antinomies en droit, Bruxelles, 1965, p.395; G. TARELLO, "Sur la spécificité du raisonnement juridique" in A.R.S.P., beiheft neue Folge, nr7, p.109

L'ambiguïté de l'article 5 consiste à désigner une problématique au même moment qu'il la refoule. Ce qui est visé, c'est la problématique critique de l'équivocité de toute expression langagière et des inévitables contradictions et lacunes des ordres normatifs. Mais sitôt désignée, la question est refoulée : le système (parfait) ou l'esprit (rationnel) du droit se substituant à l'ordre problématique apparu en première lecture. En sorte que les incertitudes, les incohérences et les lacunes ne sont jamais que "provisoires" et "apparentes"; à qui sait "lire" la logique des solutions et institutions juridiques, apparaît d'évidence "la" solution qu'impose le système juridique (21). De sorte que c'est l'opération d'interprétation elle-même qui apparaît, dans la majorité des cas, comme trompeuse et illusoire; le mythe de la plénitude de l'ordre juridique entraîne ainsi la "fiction déclarative" qui fait tenir l'oeuvre du juge pour simple reproduction de la règle en vigueur. Au refoulement de l'hypothèse de défaillance du droit, répond le refoulement de l'interprétation elle-même (22).

Dans cette optique, il n'y a plus de contradiction à dire que le juge applique la loi et y supplée en même temps; comme le remarquait déjà Aristote, bien avant le Code civil suisse, le juge "fait comme s'il était législateur" (23), ce qui doit se comprendre

- (21) cf. F. DUMON, "La mission des cours et tribunaux...", loc.cit., p.549 : le juge "décidera toutefois sur la base d'une règle déterminée, non pas parce qu'il dispose d'un libre choix, mais parce qu'il est convaincu que cette règle concerne et vise le cas qui lui est soumis".
- (22) L. PATRAS, (L'interprétation en droit public interne, Athènes, 1962, p.174) signale "la réserve traditionnelle du Conseil d'Etat à l'égard de l'interprétation" et remarque que le mot "interprétation" est, dans la motivation des arrêts, le plus souvent remplacé par celui d'"application".
- (23) Aristote, Ethique à Nicomaque, V, 14, 1137 b 19-24; l'article 1 du Code civil suisse dispose : "(...) A défaut d'une disposition applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur".

bien moins comme une invitation à faire oeuvre de choix politique créateur que comme recommandation à "achever de penser" l'oeuvre du législateur pour lui faire produire toutes ses virtualités (24). Si nous reprenons le concept de "style herméneutique" introduit dans le chapitre précédent, nous dirons que le juge, confronté aux hésitations de la partition, risquera "des variations sur un thème connu". C'est Aristote encore qui enseigne que l'art imite la nature et y supplée en même temps, "non pour l'humaniser" mais, ajoute M. Aubenque, pour la naturaliser, suppléer à ses défaillances, l'achever vers elle-même" (25). C'est exactement dans ce sens que M. Belaid a pu interpréter le pouvoir "créateur et normatif" du juge : en effet, alors que "la loi n'assure plus la double mission de formulation et de maintien des principes fondamentaux car elle est devenue un simple instrument de compromis politique et oeuvre essentiellement contingente", en revanche, "le juge est, par la nature des choses, l'organe dépositaire des principes fondamentaux et le garant naturel de la continuité et de la cohérence de l'ordre juridique" (26). On voit donc que, sans imposer explicitement une méthode d'interprétation déterminée, les articles 5 et 6 du Code judiciaire conduisent à développer une approche unitaire et systématique de l'ordre juridique : c'est en ce sens que nous parlons de modèle "quasi-normatif" d'interprétation. Cette interprétation du dispositif ainsi mis en place est d'autant plus contraignante qu'elle repose sur les piliers constitutionnels de la séparation des pouvoirs et de prééminence de la volonté nationale. Aussi M. Husson a-t-il raison d'écrire que les défauts de la méthode de l'exégèse

(24) cf. G. RADBRUCH, "Arten der Interpretation" in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, t.II, p.218; à propos de l'application de l'article 1er du Code civil suisse, DU PASQUIER (Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Neuchatel, 1948, p.72) note que le juge suisse "est resté à l'ombre du système juridique, ce que manifeste clairement sa prédilection pour l'analogie".

(25) ARISTOTE, Physique, II, 8, 199 a 15-17; P. AUBENQUE, Le problème de l'être chez Aristote, 4è éd., Paris, 1977, p.498; au sujet de cette conception, C. CASTORIADIS (Les carrefours du labyrinthe, Paris, 1978, p.230) parle de "la tautologie canonique et vide de la philosophie traditionnelle : le nouveau n'est qu'actualisation d'un possible donné d'emblée avec l'être".

(26) S. BELAID, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, op.cit., p.305.

ne sont pas simplement techniques (27); ils s'expliquent par leur insertion dans un ordre constitutionnel et, au-delà de celui-ci, dans une certaine image absolutiste du pouvoir représenté par la volonté nationale et garanti par un certain culte de la raison (28). Ainsi voyons-nous se dégager pour la première fois l'enracinement du discours logique dans un sol irrationnel; mytho-logique qui entraîne la reconduction d'un style systématique et dogmatique auquel se heurtent toutes les tentatives de réforme des méthodes et objectifs de l'interprétation judiciaire.

Poursuivant notre étude du modèle quasi-normatif d'interprétation qui s'impose aux juges, il convient de rechercher si la Cour de cassation elle-même n'a pu élaborer au cours des années des directives d'interprétation susceptibles de former une méthode contraignante. Quoiqu'en nombre limité, de telles directives existent; elles s'appuient toutes sur la notion de clarté du texte (29). La première directive affirme "qu'un texte clair et précis ne comporte aucune interprétation" (30); elle a pour corollaire la règle qu'à défaut de définition par le législateur, le texte de la loi doit être compris dans le sens usuel des mots qui le forment (31).

(27) L. HUSSON, "Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse" in Rev.trim.dr.civ., juillet 1976, p.450.

(28) L. HUSSON, ibidem; H. DE PAGE, De l'interprétation des lois, Bruxelles-Paris, 1925, p.14 : "A l'interprétation logique on ne peut reconnaître, en définitive, qu'une valeur sentimentale; cette méthode est née du rationalisme révolutionnaire et de la foi dans la Raison toute-puissante".

(29) Sur ces directives, cf. P. DE HARVEN, "Réflexions sur la technique de l'interprétation judiciaire des lois" in J.T., 1960, pp.205-207; W. VAN GERVEN, op.cit., p.57; M. van de KERCHOVE, "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique" in L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire, op.cit., pp.18-19; P. GERARD, "Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur", ibidem, pp.53-54.

(30) Cass., 22 nov. 1949, Pas., 1950, I, 179; Cass., 31 janvier 1950, Pas., 1950, I, 374; Cass., 10 juin 1952, Pas., 1952, I, 656; Cass., 16 juin 1953, Pas., 1953, I, 817; Cass., 10 déc. 1959, Pas., 1960, I, 426; Cass., 21 février 1967, Pas., 1967, I, 775.

(31) Cass., 12 févr. 1940, Pas., 1940, I, 48; Cass., 8 juin 1950, Pas., 1950, I, 702; Cass., 27 nov. 1950, Pas., 1951, I, 180; Cass., 12 juin 1952, Pas., 1952, I, 664; Cass., 28 janv. 1954, Pas., 1954, I, 429; Cass., 27 juin 1960, Pas., 1960, I, 1220; Cass., 25 juin 1973, J.T., 1974, p.247.

La seconde directive stipule qu'il est permis d'interpréter un texte clair, par exemple en s'appuyant sur ses travaux préparatoires, mais seulement en vue de confirmer celui-ci (32).

La troisième directive affirme qu'il est permis d'interpréter un texte clair, en vue de l'infirmer lorsqu'il y a lieu de croire que ses termes -pourtant clairs et précis- ne reflètent pas son esprit (33). Dans l'ensemble, ces directives confirment les enseignements qui se dégagent déjà du système des articles 5 et 6 du Code judiciaire. La Cour part de l'idée qu'appliquer un texte -et notamment en apprécier la clarté- ne constitue pas une interprétation, "le" sens de la loi se dégageant naturellement soit de la définition légale, soit du sens usuel des termes employés (postulat de transparence - fiction déclarative). Si d'aventure cette clarté venait à se brouiller, alors il y a lieu à interprétation en vue de restaurer la clarté seconde qui se dégage de l'esprit de la loi.

Tel est donc le bilan de nos premières recherches : un système constitutionnel d'ordonnement des pouvoirs relayé par le dispositif des articles 5 et 6 du Code judiciaire eux-mêmes renforcés par un réseau de directives d'interprétation élaborées par la Cour de cassation; l'ensemble introduit une méthode -sous-tendue par le postulat de rationalité du système mis en oeuvre- que la suite de nos travaux se propose d'éclairer davantage.

Mais nous ne pouvons clore l'étude des "contraintes juridiques affectant la problématique de l'interprétation" sans tenter d'évoquer, même sommairement, les effets qu'exerce sur la problématique de l'interprétation sa double et nécessaire insertion dans les opérations de rapprochement du fait et du droit et dans le milieu du langage et des valeurs juridiques qui les sous-tendent.

(32) Cass., 20 oct. 1952, Pas., 1953, I, 70; Cass., 4 avril 1957, Pas., 1957, I, 952; Cass., 31 oct. 1960, Pas., 1961, I, 227; Cass., 31 janv. 1961, Pas., 1961, I, 584.

(33) Cass., 9 fév. 1925, Pas., 1925, I, 129; Cass., 26 janvier 1928, Pas., 1928, I, 63; Cass., 15 mai 1930, Pas., 1930, I, 223; Civ. Bruxelles, 28 déc. 1949, Pas., 1949, III, 122.
 Sans doute ne faut-il pas prendre ces directives au pied de la lettre (la Cour ne faisant pas toujours ce qu'elle dit qu'elle fait); elles nous paraissent cependant l'indice d'une appréhension monologique du réel, au plan véritablement heuristique, cette fois.

Section 2. L'action du langage et des valeurs juridiques.

§ 1. Application de la loi et langage juridique.

La théorie traditionnelle qui considère l'opération d'interprétation comme un phénomène rare dans la vie du droit traduit son attachement à des illusions encore plus profondes que celles que nous avons déjà dénoncées. L'idée serait que le cours normal du travail jurisprudentiel consiste à appliquer la règle de droit au complexe des faits réputés constants. A un océan de faits répondrait un firmament de normes que le talent du juriste harmonise en un système transparent. La nécessité d'une interprétation -dégager le sens d'une norme obscure- résulterait d'un échec de cette première synthèse : la transparence s'est brouillée, la règle ne s'adapte pas sans résistance au fait.

Une telle représentation doit absolument être critiquée; il faut dégager les postulats dogmatiques sur lesquels elle repose, ce qui, du même coup, contribuera à rendre la problématique de l'interprétation plus diffuse et révélera sa profonde dépendance à l'égard de l'action du langage juridique.

La thèse traditionnelle véhicule trois représentations illusoire et solidaires qui enveloppent la problématique de l'interprétation. La première consiste à croire que c'est le fait réel, le fait concret, le vécu effectif qui est rapporté au prétoire et mis en rapport avec la règle de droit. La seconde conduit à penser que le langage juridique connaît une extension, une plasticité et une transparence suffisantes pour épouser les particularités des faits retenus. La troisième suggère que l'application de la règle au fait, du concept à la chose, s'opère sans distorsion ni reliquat : affaire de syllogisme, en quelque sorte.

Contre la première représentation, on peut faire valoir des arguments épistémologiques et juridiques. La théorie de la connaissance enseigne en effet qu'il n'existe pas de faits bruts; l'observation est toujours déjà construction de l'objet (34). Le langage,

(34) en ce sens, cf. G. BACHELARD, "Noumène et microphysique" in Etudes, 1970, p.17.

même le plus ordinaire, opère abstraction du "réel", phénomène que renforce encore l'utilisation d'un langage construit comme le langage juridique. Il apparaît dès lors que la thèse du "fait réel" participe de l'épistémologie surannée qui présente le langage et la connaissance comme tableau ou reflet du monde, relation spéculaire que garantit une vérité conçue comme adéquation (35).

Sur le plan juridique, on peut relever divers facteurs contraignants qui raréfient considérablement la production du fait réel en justice. Il y a d'abord, entre les parties et le juge, l'intervention de l'avocat (et, encore en amont de celui-ci, l'intervention d'autres juristes : conseillers juridiques, notaires... et du langage juridique moulé en forme de contrats-types, de procès-verbaux, d'actes juridiques en tous genres) qui, en fonction de l'effet juridique désiré, sélectionne et aménage le complexe des faits (36). Par l'intermédiaire du principe dispositif (caractère accusatoire de la procédure au civil), cette sélection s'impose au juge qui, d'une part, ne peut se fonder que sur les faits allégués et prouvés par les parties et doit tenir pour établi tout fait sur la réalité duquel elles concordent et, d'autre part, est lié par l'objet et la cause de la demande ainsi que par les défenses, fins de non-recevoir et exceptions (37).

(35) en ce sens, J. BROEKMAN, Recht en antropologie, Antwerpen-Amsterdam, 1979, p.100; dans la suite de notre travail (Troisième partie, titre I, chap. I) nous développerons la critique de cette épistémologie traditionnelle.

(36) en ce sens, cf. F. RIGAUX, La nature du contrôle de la Cour de cassation, Bruxelles, 1966, p.35.

(37) cf. F. RIGAUX, Droit international privé, Précis de la faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, 1968, n°140; cet auteur cite le commissaire royal Van Reepinghen pour lequel "la direction du procès par les parties est un postulat de notre droit judiciaire". Remarquons cependant que le principe dispositif, qui cède devant les exigences de l'ordre public, connaît par ailleurs un certain recul dans les droits judiciaires contemporains (sur ce point, cf. J. VAN COMPERNOLLE, "Réflexions sur l'évolution de la fonction de juge dans le procès civil", communication présentée en novembre 1978 au Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques des Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles-à paraître).

Enfin, la technique de la preuve réglementée fixant tant la répartition de l'onus probandi que la hiérarchie des modes de preuve et l'intensité de la force probante des éléments invoqués, renforce encore le phénomène de distorsion, au point que M. Perelman a pu écrire : "les faits établis ne sont pas du tout les faits réels" (38).

Plus importante que ces premières notations qui portent sur des phénomènes partiellement en voie de modification et d'assouplissement (39), est l'idée qu'entre le fait et la règle se noue une véritable dialectique, le réel étant aménagé "en vue du droit applicable" par chacun des acteurs de la vie juridique. Il y a, dans l'appréhension des faits de la cause, une anticipation de l'hypothèse légale à laquelle ils répondent et du traitement juridique que celle-ci implique (40); par une technique quasi-phénoménologique de "variations eidétiques", le juriste "essaie" divers canevas d'interprétation jusqu'à aboutir à une solution satisfaisante dont la pré-conscience rejaillit bien entendu sur l'aménagement des traits de la cause jugés pertinents (41). Cette osmose progressive du fait et du droit est, bien entendu, l'oeuvre du langage juridique, le concept servant à reproduire le "récit" du cas litigieux étant bien

- (38) C. PERELMAN, "La spécificité de la preuve juridique" in J.T., 1959, p.427; dans le même sens, R. DEKKERS, "Le fait et le droit, problèmes qu'ils posent" in Dialectica, vol.15, 1961, p.343.
- (39) Ainsi, en ce qui concerne la preuve réglementée, il faut reconnaître que la récente réforme du Code judiciaire accroît les pouvoirs d'investigation du juge civil; sur ce point, cf. notamment J. VAN COMPERNOLLE, "Etendue et limites des pouvoirs du juge dans le conflit familial" in Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines, Bruxelles, 1978, p.563.
- (40) sur ce point, cf. J.B. VRANKEN, Kritiek en methode in de rechtsvinding. Een onderzoek naar de betekenis van H.G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren, Deventer, 1978, pp.76 et sv.; J. HRUSCHKA, Die Konstitution des Rechtsfallen. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung, Berlin, 1965, pp.9-10.
- (41) cf. P. FORIERS, "La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation de Belgique" in Dialectica, vol.15, 1961, p.384 : "on peut se demander si toutes les descriptions, même lorsqu'il s'agit de purs faits, n'impliquent pas une qualification implicite".

souvent le même que celui qu'utilise l'hypothèse de la norme. Si on se réfère à l'image du syllogisme judiciaire (42), on conviendra que l'application de la majeure (règle de droit) à la mineure (cas litigieux) n'est possible que par l'effet d'un terme commun, le concept qualificateur. D'où se dégage la conclusion, tirée par M. Rigaux : "il n'y a pas de place pour le concret dans le raisonnement judiciaire" (43). En revanche, le langage juridique, qui s'est substitué au fait réel, aurait-il assez de transparence et de souplesse pour en épouser toutes les virtualités?

Nous arrivons ainsi à la seconde représentation fictive que véhicule la théorie traditionnelle.

Une excellente manifestation de cette représentation est la directive d'interprétation défendue par la Cour de cassation selon laquelle "à défaut de définition par le législateur, le texte de la loi doit être compris dans le sens usuel des mots qui le forment" (44). Cette thèse mérite doublement la critique : d'abord en ce qu'elle implique qu'un terme quelconque présente un sens usuel et un seul alors que toutes les théories contemporaines du langage concluent à la "polysémie universelle" du langage ordinaire (45), et ensuite en ce qu'elle affirme qu'un terme du langage ordinaire, inséré dans un contexte juridique, conserve son sens usuel. Ne faut-

(42) C. CAMBIER (Droit judiciaire civil, Bruxelles, 1972, p.90) rapporte la formule du constituant Duport : "le pouvoir judiciaire est celui qui réalise et réduit en actes les décisions abstraites de la loi; le juge est celui qui applique la loi à un fait constaté et dont l'opération juridique se ramène à un syllogisme dont la majeure est le fait, la mineure la loi et le jugement la conséquence". Cette représentation est encore très vivace aujourd'hui : cf. J. EECHOUT, "Des jugements et de leur style" in J.T., 1974, p.695 : "il nous semble périlleux d'inviter les juges à préférer le style du roman à celui du syllogisme. La majeure, la mineure et la conclusion demeurent l'impératif premier de toute décision motivée"; cf. aussi F. DUMON, loc.cit., p.542.

(43) F. RIGAUX, "La nature du contrôle de la Cour de cassation", op.cit., p.262.

(44) cf. supra, les références de la note (31).

(45) cf. par exemple F. FRANCOIS, "Caractères généraux du langage" in Le langage, Enc. de la Pléiade, Paris, 1968, p.43 : "on peut poser comme universel que jamais un énoncé n'a qu'un seul sens.. la polysémie est la règle".

il pas dire plutôt que, dans la mesure où chaque terme présente une pluralité possible d'acceptions entre lesquelles un choix s'impose en considération de critères contextuels, le contexte juridique d'énonciation de ce terme est de nature à réagir sur sa signification? (46). N'était-ce pas déjà l'enseignement de Portalis selon lequel "on se méprend sur le sens des lois lorsqu'on prend leurs expressions dans l'acception qu'elles ont dans le langage ordinaire" (47)? Dès lors la distinction entre termes définis par le législateur et termes empruntés au langage ordinaire perd sa pertinence, chaque terme du langage juridique recevant une coloration spécifique de son insertion dans un contexte normatif. Confirme cette idée le fait que la Cour de cassation, approuvée par la doctrine, étend son contrôle de qualification à des termes apparemment aussi proches des faits que ceux de publicité (en matière d'outrages aux mœurs) ou de flagrant délit (en matière d'adultère) (48); dans ce cas comme dans celui des concepts définis par le législateur, le contrôle de qualification a précisément pour objet de vérifier la pertinence du sens juridique contextuel retenu par le juge du fond.

La thèse de la transparence du langage juridique est parfois défendue à partir de l'observation qu'un code comme notre Code civil contient un grand nombre de définitions et se compose presque exclusivement de propositions énonciatives. Un auteur comme M. Villey en tire la conclusion que le droit "s'exprime à l'indicatif" et que, ce faisant, il remplit sa véritable fonction qui n'est point d'énoncer des règles de conduite (affaire de morale) mais d' "attribuer à chacun le sien" en s'inspirant de l'ordonnement naturel des choses (49). Cette position, ouvertement iusnaturaliste, est significa-

(46) en ce sens, M. van de KERCHOVE, "La doctrine du sens clair des textes...", loc.cit., p.26.

(47) PORTALIS, in FENET, t.XIII, Paris, 1927, p.47.

(48) J. DABIN, Préface à l'ouvrage de F. RIGAUX, La nature du contrôle de la Cour de cassation, p.XVII; M. RIGAUX (op.cit., p.262) remarque à très juste titre que "le contrôle de qualification ne connaît pas de frontières naturelles (le prétendu concret)".

(49) M. VILLEY, "De l'indicatif dans le droit" in Le langage du droit A.P.D., 1974, pp.33 et sv.

tive de l'idée implicite qui sous-tend la thèse de la transparence du langage juridique : celui-ci peut effectivement être présenté comme adéquat à la réalité sociale, dans la mesure où cette réalité est perçue comme imposant un ordre normatif. Contre cette position on fera valoir l'enseignement de logiciens comme M. Kalinowski qui rappelle à juste titre qu'attribuer un statut c'est faire un énoncé normatif qui impose au sujet de droit certaines obligations positives ou négatives et le dote de certaines permissions (50). Dans le même ordre d'idées, Jean Ray signale que dans le Code civil, les règles impératives, non seulement s'expriment sous forme de propositions énonciatives mais s'introduisent dans les concepts eux-mêmes (51).

Si l'on veut penser ces remarques jusqu'au bout, on arrive à l'idée d'un langage juridique en voie d'élaboration et donc d'autonomisation constantes; sans sacrifier aux illusions rationalistes d'un langage juridique pur telles que celles d'un Leibniz ou d'un Wolff par exemple - nous verrons que bien souvent un raccourci axiologique supplée l'indétermination de la définition et l'approximation de la déduction-, on doit néanmoins constater l'action d'un travail sémantique de la langue juridique, chaque terme se définissant et se redéfinissant de sa place et de sa fonction dans le système conceptuel global. Que l'on appréhende ce permanent ajustement structural du lexique juridique en fonction des catégories juridiques formelles classiques (classement par genres et espèces) ou à partir de catégories plus axiologiques (les "institutions" de la famille légitime, de la propriété privée...) (52), on accordera l'

(50) G. KALINOWSKI, "Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi", in Le langage du droit, op.cit., p.67.

(51) J. RAY, Essai sur la structure logique du Code civil français, Paris, 1926, p.104; cf. aussi J.L. GARDIES, Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique, Paris, 1972, pp.29-30; G. GOTTLIEB, The logic of choice. An investigation of the concept of rules and rationality, London, 1968, p.35; K. ENGISCH, Einführung im das juristische Denken, 4è éd., Stuttgart, 1968, pp.12 et sv.

(52) Pour une classification axiologique-idéologique des systèmes juridiques capitalistes menée par un auteur marxiste, cf. N. POULANTZAS, Nature des choses et droit, Paris, 1964, p.343.

efficience d'un code linguistique opérant une sélection et une orientation du "prétendu concret" bien plus contraignantes que celle qu'induisent les codes juridiques eux-mêmes (53).

Nous en arrivons ainsi à la troisième thèse défendue par la théorie classique selon laquelle l'opération d'application de la norme au fait se réaliserait sans distorsion ni reliquat. De la conjonction de nos observations précédentes, il appert au contraire qu'une telle application signifie nécessairement transformation et raréfaction du réel anté-juridique (53 bis).

Si le fait est appréhendé en vue de la règle de droit et livré au travers de la grille d'interprétation que fournit le langage juridique et qu'à son tour ce langage, loin d'être usuel, énonciatif ou transparent, obéit à des lois de combinaison et de transformation spécifiques, il apparaît que le fonctionnement de la discursivité juridique est essentiellement conceptuel voire tautologique : elle traite ce qu'elle a préalablement assimilé. En cela l'image du syllogisme judiciaire s'avère significative : c'est effectivement la règle (ou à tout le moins le concept juridique qualificateur) qui est première et le donné "réel" n'en est que la reproduction seconde; la logique formelle ne fonctionne que de manière tautologique. Ainsi le juge ne traite-t-il que d'éléments que la discursivité juridique a déjà introduits dans le réel; alors effectivement tout fait quelconque est qualifiable juridiquement (54). Le juriste, comme le souligne très opportunément M. Broekman, ne fait pas l'expérience de l'étrangeté des choses et des êtres; nommant chaque

(53) Pour une étude de la structure lexicale du droit romain, cf. Y. THOMAS, "La langue du droit romain. Problèmes et méthodes" in Le langage du droit, op.cit., pp.103 et sv.; cf. aussi J. BECQUART, Les mots à sens multiples dans le droit civil français, Paris, pp.22 et 24 : "La langue juridique est une et indivisible" (...)."Qu'il cherche des mots extensibles ou des valeurs constantes, l'intention du juriste est la même, à savoir : réduire un langage quelconque, pour le service du droit, à l'état de symboles algébriques, et par suite, assurer l'uniformité de méthode dans l'emploi des mots, avec l'identité d'induction dans leur interprétation. L'algèbre n'a-t-elle pas aussi ses valeurs variables?"

(53 bis) Sans doute, tous langages (même les langages ordinaires) sont-ils construits et conventionnels. Mais le propre du langage juridique est de traduire -réduire cette pluralité de langages dans le sien propre dont la systémativité est, à son tour, fermement assurée par la dogmatique.

(54) cf. M. WEBER, op. cit., p.397.

chose selon un ordre établi, il est "le magicien de la langue" (55).

Cet effet discursif est aussi, n'en doutons pas, effet de pouvoir : pouvoir du juriste qui détient les clés du langage légal mais aussi et surtout pouvoir de l'ordre social qui maîtrise ceux qu'il nomme. M. Barthes a très bien décrit ce phénomène dans son commentaire de l'affaire Dominici : "la Justice vous peint tel que vous devriez être et non tel que vous êtes. Ce transport de la justice dans le monde de l'accusé est possible grâce à un mythe intermédiaire dont l'officialité fait toujours grand usage, que ce soit celle des Cours d'assises ou celle des tribunes littéraires, et qui est la transparence et l'universalité du langage. Tout le monde feint de croire que c'est le langage officiel qui est de sens commun (...). Le langage universel vient relancer à point la psychologie des maîtres : elle lui permet de prendre toujours autrui pour objet, de décrire et de condamner en même temps" (56).

A ce stade de notre étude, il peut être utile de se référer à un exemple jurisprudentiel susceptible d'illustrer à la fois l'effet de rupture d'avec le réel qu'opère le langage juridique et la manière dont ce langage restaure - à son niveau, l'interdiscours normatif - une nouvelle cohérence.

La question qui se posait était de savoir si une mère peut créer un lien de filiation adoptive à l'égard de son enfant légitime; alors qu'aucune règle positive ne s'opposait à une telle prétention, la Cour d'appel de Bruxelles répondit par la négative à cette question dans un arrêt du 8 novembre 1973 que nous reproduisons in extenso (57)

(55) J. BROEKMAN, Recht en antropologie, op.cit., p.174; cf. aussi R. DEKKERS ("Le fait et le droit. Problèmes qu'ils posent" in Dialectica, loc.cit., p.340) qui montre comment, au cours de l'histoire du droit romain, la qualification est devenue de plus en plus conceptuelle, se ramenant en définitive à un seul terme aux vertus "magiques".

(56) R. BARTHES, Mythologies, Paris, 1970, pp.51-52; cf. aussi J. BROEKMAN, op.cit., pp.97-104; J. CLAVREUL, (L'ordre médical, Paris, 1978) écrit à propos du médecin : "le diagnostic est un acte de maîtrise" et il ajoute "la constitution du signifiant comme tel (le médecin érige le signe en symptôme de la maladie) est ce qui spécifie le discours du Maître. Elle implique la référence à la chaîne signifiante qu'elle contribue à constituer et qu'elle prolonge". De même, ajouterons-nous, la qualification est acte de maîtrise et elle implique référence à la structure lexicale du Code juridique.

(57) cf. J.T., 1974, p.690 et "Observations" J.L. RENCHON.

- 1) Attendu que l'action intentée par l'appelante tend à obtenir l'homologation de l'acte d'adoption de l'enfant Defrise Véronique, dressé le 28 avril 1972 par le notaire Van Halteren, de résidence à Bruxelles;
- 2) Attendu qu'il résulte des éléments de la cause :
 - que Véronique Defrise, née le 22 août 1966, est la fille légitime de Defrise André et de l'appelante;
 - que Defrise André, dont l'appelante est actuellement divorcée, se désintéresse de cet enfant;
 - que Defrise André, qui a désavoué l'enfant Paul, né le 11 juillet 1969, n'a cependant pas introduit une action en désaveu de paternité à l'égard de Véronique;
 - que celle-ci, élevée par l'appelante, ne connaîtrait pas son père légitime;
 - que l'appelante aurait même celé à sa fille Véronique son nom patronymique tout en l'élevant sous son propre nom, c'est-à-dire celui de Lorent;
 - que Véronique et Paul vivent avec leur mère et son ami, qui ne peut épouser l'appelante en raison d'un obstacle à son propre divorce; que ces enfants vivent cependant dans un noyau familial reconstitué;
- 3) Attendu que l'appelante estime devoir faire correspondre cette situation de fait avec la situation légale en adoptant seule Véronique Defrise;
- 4) Attendu que l'appelante rappelle à bon droit que le but principal de la réforme apportée par la loi sur l'adoption consiste à intégrer juridiquement les enfants dont le statut légal est défavorable ou irrégulier au sein d'une famille adoptive et qu'il n'existe aucun obstacle à l'adoption d'un enfant légitime;
- 5) Attendu qu'elle en déduit à tort que l'adoption de son enfant légitime Véronique est fondée sur de justes motifs;
- 6) Attendu, en effet, que l'adoption envisagée n'a pas pour but de procurer à Véronique Defrise un lien de filiation avec un tiers mais que l'action tend au contraire à modifier le statut d'enfant légitime qu'elle possède à l'égard de sa mère par une adoption qui

représente un statut moins favorable en tant que celui-ci est artificiel, fictif, issu de la seule volonté de l'homme (De Page, I, 1029) et ce dans le but de changer le nom patronymique de l'enfant; que l'adoption aurait aussi pour conséquence de décharger le père légitime de ses droits et devoirs inhérents à la puissance paternelle;

7) Attendu qu'une telle adoption serait contraire à l'ordre public en tant qu'elle modifierait les droits qui découlent de la filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents légitimes et qu'elle détournerait notamment, en faveur d'un des époux, les attributs de la puissance paternelle qui ont été établis dans le chef du père et de la mère dans l'intérêt de la famille et de l'enfant;

8) Attendu que les problèmes psychologiques soulevés par l'appelante sont inhérents à la situation qu'elle a créée à l'encontre de l'intérêt réel de son enfant;

9) Attendu que l'adoption n'est dès lors pas fondée sur de justes motifs et ne présente pas des avantages pour l'enfant Véronique Defrise qui en est l'objet;

Par ces motifs :

LA COUR,

Entendu M. l'avocat général De Cant en son avis conforme donné en chambre du conseil;

Reçoit l'appel; le déclare non fondé.

+ + +

Suivons pas à pas la genèse de la solution.

Les deux premiers attendus relèvent les faits principaux de la cause; bien que ce relevé soit assez minutieux, utilise certaines expressions du langage courant et fasse allusion à des données psychologiques ("se désintéresse de l'enfant", "ne connaîtrait pas son père légitime", "noyau familial reconstitué"), on observera déjà l'introduction de concepts juridiques dans la "description" du fait

("fille légitime", "divorcée", "désavoué", "action en désaveu de paternité"). On voit donc que les termes du langage courant, évoqués au premier stade de l'analyse, servent de point de passage à la réalité juridique qui les recode en son champ. Par ailleurs cette description ne mentionne pas un élément capital qui donne tout son sens à l'action entreprise : le père "légitime" n'est pas le père biologique (58).

Ainsi, par substitution et omission, se développe la production juridique qui transforme le social pour le rendre assimilable au complexe normatif (59).

Les deux attendus suivants réalisent explicitement le passage du fait au droit. Progressivement sont évacués les traits appartenant en propre à la situation évoquée tandis qu'entre en scène la loi impersonnelle et générale ("la situation légale", "le but de la réforme", "il n'existe aucun obstacle...").

Les trois attendus suivants contiennent le noeud de l'argumentation. Deux arguments soutiennent la décision de rejet. L'adoption envisagée tend à modifier le statut d'enfant légitime que l'enfant possède à l'égard de sa mère; or "l'adoption présente un statut moins favorable en tant que celui-ci est artificiel, fictif, issu de la seule volonté de l'homme". Cette affirmation, purement abstraite et soutenue seulement par l'autorité d'un autre texte juridique (le commentaire de De Page -argument d'autorité et renvoi à l'interdiscours juridique) est infirmée par la constatation, rapportée par l'annotateur de l'arrêt au terme d'une analyse fouillée, selon laquelle l'adoption envisagée ne comportait in concreto aucune conséquence défavorable pour l'enfant (60).

Le second argument avancé par la Cour est la contrariété à l'ordre public d'une adoption qui détournerait en faveur d'un des époux les attributs de la puissance paternelle établis dans le chef du père et de la mère dans l'intérêt de la famille et de l'enfant. Contre cette

(58) Et, par ailleurs, cet individu consentait à l'adoption de l'enfant pas son ex-épouse, cf. les "observations" de J.L. RENCHON, p.692.

(59) Pour une étude détaillée de ce phénomène, cf. E.SERVERIN et S.BRUXELLES, "Du judiciaire au juridique" in Langages, mars 1979 pp.51 et sv.

(60) J.L. RENCHON, loc.cit., p.692.

nouvelle affirmation abstraite et dogmatique, il faut faire valoir l'idée que le seul fondement de la puissance paternelle ne peut être que l'intérêt concret de l'enfant. Si le droit établit une présomption selon laquelle l'intérêt de l'enfant implique que la puissance paternelle soit attribuée à ses deux auteurs, il permet également au juge de renverser cette présomption lorsque les circonstances particulières de l'espèce l'exigent (61).

Le huitième attendu opère un brutal retour au fait non dénué d'une intention moralisante : le juge prend en considération le contexte psychologique de l'affaire mais refuse d'en tenir compte, attribuant les difficultés de la situation à la faute de la mère.

Enfin, le dernier attendu conclut au rejet de l'adoption en mêlant des considérations juridiques (absence de "justes motifs") à de pseudo-considerations de fait (absence "d'avantages pour l'enfant").

Cette décision est très révélatrice du fonctionnement de la discursivité juridique qui se soutient d'une autonomisation progressive par rapport au réel liée à la restauration d'une nouvelle cohérence, spécifiquement juridique. La première phase du travail consiste en un codage du fait : celui-ci est tantôt l'objet de substitutions ou d'omissions (les deux premiers attendus), tantôt de rejet avoué (le huitième attendu), tantôt encore d'amalgame et de confusion avec le donné juridique (le neuvième attendu qui livre "l'output" du traitement juridique). Sur cette base épurée peut s'opérer le travail spécifiquement juridique : échange et évaluation des principes et jugements dogmatiques dont le référent n'est pas situationnel mais strictement discursif (62). L'évaluation des thèses s'opère selon la structuration même de l'interdiscours que forme le système juridique : référence au principe supérieur de l'ordre public à la hiérarchie de l'ordre des familles instaurée par le Code Napoléon (la filiation légitime présente un statut plus favorable que la filiation adoptive), volonté de refuser une adoption qui aurait

(61) J.L. RENCHON, ibidem, p.693.

(62) Sur la genèse de cette méthode, cf. M. THOMANN, "Histoire de l'idéologie juridique au XVIII^e siècle, ou : le droit prisonnier des mots" in Le langage du droit, op.cit., pp.27 et sv.

pour résultat de contourner les règles concernant le désaveu de paternité. Le débat de valeurs que suscitait nécessairement l'action s'est entièrement déroulé sur le terrain du langage juridique qui finit par imposer une solution conforme à la cohérence d'ensemble du système, l'intégrité de cette cohérence conceptuelle n'étant elle-même garantie que parce que, d'un bout à l'autre de l'argumentation, a été maintenu le voile (juridique) de la légitimité. Où nous rejoignons les thèses de M. Vignaux pour lequel le propos de l'argumentation juridique "n'est pas de constituer le tableau fidèle de la réalité mais d'assurer au contraire la permanence d'une certaine représentation (...). Théâtralité du logique qu'assume le discours juridique et qu'il fonde sur des schématisations du social d'emblée nommées, propices donc à son projet quotidien d'exclure toute contradiction, toute analyse" (63).

De ces remarques, deux enseignements se dégagent qui intéressent notre problématique de l'interprétation (63 bis). La première est que, loin d'être accidentelle, la question de l'interprétation de la loi est liée à chacune de ses applications. Engagée dans le simple aménagement des données de fait, l'interprétation est donc aussi -c'est le second enseignement- prédéterminée par l'oeuvre du langage juridique qui procède à une axiomatisation du réel liée à la clôture normative des espaces du sens. Contrairement à ce que suggèrent certaines théories fonctionnalistes modernes de l'interprétation (cf. infra, chap.III), celle-ci ne saurait donc se résoudre ni dans un accueil complet des particularités de l'espèce, ni dans un dialogue véritable avec les parties en présence : elle est préorientée par le champ sémantique (juridique) mis en oeuvre et par les règles (unité, cohérence, complétude) qui en déterminent les transformations.

(63) G. VIGNAUX, "Argumentation et discours de la norme" in Langages mars 1979, pp.72 et 76; cf. aussi A.J. ARNAUD "Autopsie d'un juge. Etude sémiologique de la jurisprudence aixoise en matière de divorce" in Le langage du droit, op.cit., p.225 : "les conclusions des magistrats sont le fruit d'un phénomène d'idéalisation (...). Par une qualification purement extérieure de la relation entre les termes retenus, le magistrat rationalise son explication".

(63 bis) Précisons que l'analyse de cette décision ne nous intéresse pas tant du point de vue de la solution (rejet de l'adoption) à laquelle elle aboutit; notre dessein est de montrer selon quelles méthodes s'opère une appréhension monologique de la situation réelle.

Cette rationalité du système juridique discursif a, de tous temps, suggéré le rapprochement du droit et de la grammaire. Un linguiste et analyste, M. Milner, propose une description de la rationalité grammaticale qui, par analogie, nous paraît des plus révélatrices du fonctionnement de la discursivité juridique (64). Le grammairien, souligne M. Milner, travaille sur la langue, réseau calculable dont il a préalablement refoulé l'excès, le non-articulé où parle le désir et travaille le poète. Pour garantir cet effet, la langue se substitue au réel, devient cause de soi et se formalise en système tandis qu'à son tour l'homme est réduit à la figure de l'ange, pur sujet d'énonciation (65). Ainsi épuré, le système langagier ne se soutient que de sa cohérence et de sa complétude; intégrité d'une représentation que le grammairien maintiendra au besoin par bricolage et rapiéçage, invoquant, le cas échéant, le "sentiment de la langue" présent en chacun des sujets qui la parlent (66). Peu importent les subterfuges qui garantissent la perfection du système langagier tant il est vrai que "sa consistance propre est celle de l'imaginaire et sa totalité, celle du fantasme". Ainsi assuré, l'"un" qui travaille la langue soutient le style normatif de la grammaire : seules certaines associations et transformations sont déclarées correctes, régulières, énonçables; la grammaire se fait paradigmatique. Mais le grammairien comme le sujet parlant ne se satisfait pas de ces seuls catalogues de figures imposées; ils demandent à lester l'"un" de la langue d'une totalité et d'une permanence imaginables : langue maternelle, utopie de l'esperanto, nostal-

(64) J.C. MILNER, L'amour de la langue, Paris, 1978.

(65) J.C. MILNER, op.cit., pp.7-8.

(66) J.C. MILNER, op.cit., pp.40-41; de tels "bricolages et rapiéçages" sont très caractéristiques de la rationalité juridique et ouvrent l'espace où peut fonctionner une argumentation irréductible aux schémas de la logique formelle tout en étant polarisée par ses idéaux; nous verrons plus loin qu'en droit aussi "le sentiment" ou "l'idée du droit" supplée le syllogisme défaillant.

gie de l'indo-européen (67). Langue-cause vers où convergent toutes les étymologies, signifiant -maître d'où irradie tout effet de sens. L'énonçable ne se diffuse que de pouvoir être en permanence rapporté à un signifiant placé en position d'agent; et M. Milner de conclure : "quoi d'autre qu'un législateur, divin ou non, individué ou non, historique ou non, subjectivé ou non, mais de toute façon un maître pourrait en rendre compte?" (68).

Ce passage par la grammaire illustre notre réflexion mais la fait également progresser dans un sens décisif : nous apprenons que la transparence, la cohérence et la complétude dont s'autorise le langage (juridique) n'est pas seulement affaire de logique formelle. Ces exigences -il faut alors parler d'"idéaux logiciens"-

(67) J.C. MILNER, op.cit., pp.105-106; J. BENTHAM (Works, vol.VIII, p.242), dans sa Nomography tente de formuler les préceptes qui conduiraient à une langue juridique plus claire et plus précise. Le législateur hypothétique devra opérer un choix entre les racines du grec, du latin et des langues germaniques; il préférera celles du latin parce que cette langue offre la série la plus riche de mots dérivés et, par conséquent, se révèle appropriée à la morale et à la législation; parmi les langues modernes, il préférera l'anglais pour sa simplicité et sa ductilité.

Dans cette ligne d'idées il y aurait sans doute beaucoup d'enseignements à tirer d'une étude du rôle de la référence que font traditionnellement les juristes au droit romain et, plus généralement, à la langue latine.

Sur ce point, cf. A. JOUANNEAU, Recueil de maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire, Paris, 1924, p.2 : "Il serait même permis de penser qu'il est extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, de devenir un profond jurisconsulte cui legum peritia est, comme dit Tacite, sans connaître la langue latine" (...). "Lorsque les belles apparences tendent à nous induire en erreur, "decepimur specie", la maxime latine, dans sa forme limpide et concise, accourt à propos pour éclairer la route à la façon des disques lumineux, au carrefour des voies nombreuses, entre lesquelles le choix hésite à s'exercer. En s'acquittant à merveille de sa double mission : qui est de ramener l'esprit aux sources et de le guider à travers les difficultés, elle donne aux fondements de la Loi une juste empreinte de pérennité et de grandeur".

(68) J.C. MILNER, op.cit., p.111.

dérivent d'une fascination de l'unité (69) qui, par commodité de représentation et penchant anthropomorphique, se produit comme Personne, maître et garant. Le législateur rationnel, avant d'être l'argument ultime, le point d'aboutissement d'une controverse explicite sur l'interprétation d'une loi est le foyer unitaire de sens, le pôle magnétique qui oriente implicitement la perception juridique du monde.

Ces remarques nous conduisent à étudier, au chapitre des contraintes affectant la problématique de l'interprétation, le rôle des valeurs juridiques.

§ 2. Application de la loi et valeurs juridiques.

On accordera que les valeurs exercent doublement leur influence dans le processus d'application de la loi. Ainsi, le simple fait de se référer à une règle générale pour résoudre un cas particulier et de l'appliquer impartialement, quelle que soit la valeur de son contenu, représente déjà en soi une valeur (70); on peut

(69) Bel exemple de cette fascination, le rapport de M. RAIKEM au Congrès National lors de la discussion de la loi d'organisation judiciaire du 4 août 1832, cité par le Procureur Général P. LECLERCQ (La pensée du Procureur Général Paul Leclercq, t.I, Bruxelles, p.53) : "la loi ne peut avoir qu'un seul sens dans l'intention du législateur; les autres sens qu'on veut lui attribuer sont nécessairement faux. S'il y avait plusieurs autorités chargées de connaître de la violation des lois, elles pourraient être interprétées différemment en divers sens, et la jurisprudence ne pourrait être ramenée à ce point d'uniformité qui est une des plus belles conceptions de l'esprit humain..."; cf. encore, le discours de rentrée du Procureur Général FAIDER, le 15 octobre 1874 (Discours des Procureurs Généraux de Belgique, Cour de cassation, 1832-1890, pp.7 et 16) : "Cette Constitution est un évangile d'unité (...). Telle est, Messieurs l'unité dans notre Constitution. Je retrouve dans ce pacte précieux l'expression multiple du principe de l'unité. Je pourrais retrouver ce principe dans l'ensemble de nos lois organiques, criminelles, civiles ou administratives. L'idée de l'unité, d'ailleurs, n'est pas nouvelle; elle est, comme l'harmonie, dans toute perfection; elle est cette harmonie même; elle a été comprise à toutes les époques de l'histoire, poursuivie par tous les grands conquérants, appliquée par tous les grands législateurs"; F. DELPEREE ("Au nom de la loi" in J.T., 1975, p.494) : "telle est la règle de l'harmonie : l'hymne à la loi ne se joue que sur le tempo constitutionnel".

(70) en ce sens, H.L.A. HART, Le concept de droit, trad. M. van de KERCHOVE, Bruxelles, 1976, p.247.

envisager, dans cette perspective, parfois qualifiée de "moralité interne du droit" (71), les valeurs de justice, d'égalité, de sécurité, de stabilité, d'ordre et de paix. Mais cette première approche demande à être complétée par une seconde, d'inspiration moins formelle : il faut encore que la solution retenue s'avère opportune et intrinsèquement juste eu égard notamment aux particularités de l'espèce. Selon quels critères, dans nos systèmes juridiques, la spécification de la règle de justice s'opère-t-elle? En se maintenant au plan macro-juridique qu'implique la généralité même de la question, nous répondrons que ces critères restent essentiellement nomo-centriques. De sorte que sous ses deux aspects, l'intervention des valeurs juridiques suppose et renforce la mise en oeuvre d'une systématité a priori.

Sur le plan de l'application formelle de la loi, c'est essentiellement le rôle de la règle de justice qu'il convient de souligner. Elle implique, comme l'a bien montré le professeur Perelman, "que soient traités de la même façon ceux qui sont essentiellement semblables" (72). Quoiqu'une telle règle n'exige pas l'identité absolue entre les être envisagés, identité à vrai dire impossible à atteindre en-dehors d'un champ purement formel, c'est néanmoins la valeur d'égalité qui spécifie en ce cas la notion de justice. Egalité de traitement qui exige que la solution à tout cas individuel se conforme à une solution admise pour des cas semblables ou, si elle en diverge, soit à son tour susceptible de fournir matière à formulation d'une nouvelle règle générale. C'est la possibilité même de généralisation, voire d'universalisation (selon la méthode kantienne) qui constitue le ressort de la recherche d'une juste solution et la garantie de l'acceptabilité de la motivation (73).

(71) L. FULLER, Harvard Law Review, 1958, pp.644-648.

(72) C. PERELMAN, "La règle de justice" in Justice et Raison, Bruxelles, 1963, p.227.

(73) en ce sens, cf. D.N.MAC CORMICK, "Formal justice and the form of legal arguments" in Etudes de logique juridique, vol.VI, Bruxelles, 1976, pp.110 et sv.; D.A. GERMANN, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2è éd., Bern, 1967, p.393.

Nous trouvons donc, au coeur du processus heuristique caractérisant la démarche du juge, l'exigence impérieuse de référence à la règle générale. Ce travail est facilité par le conceptualisme et le systémisme juridiques; il est clair en effet que les idées de consistance et d'unité que véhicule la représentation d'un système notionnel et juridique cohérent réalisent le souhait d'égalité et la tendance à la généralisation inhérente à la règle de justice (74).

Par ailleurs, cette conception réduit à un "non-sens", selon la forte expression de M. Mac Cormick, l'idée d'équité conçue comme traitement individualisé du cas sans référence aux règles et aux principes (75). L'équité ne peut être, dans nos systèmes juridiques, que l'aiguillon qui engage le juge à poursuivre ses investigations en vue de restaurer une nouvelle cohérence, une harmonie plus satisfaisante d'un système juridique qui ne saurait être écarté.

Voilà donc rapidement mises en série les valeurs de justice (formelle), d'égalité et de généralité. Reste à souligner qu'un tel dispositif garantit et renforce à la fois la sécurité juridique et la stabilité de l'ordre social (76).

L'idée -maintes fois exprimée- est qu'un mode de solution des conflits, s'opérant par référence à des règles générales, ne se soutient que de la permanence de la règle elle-même; une solution boiteuse mais stable devrait être, à cet égard, préférée à une autre solution

(74) en ce sens, cf. C.W. CANARIS, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin, 1969, pp.16-17.

(75) D.N. MAC CORMICK, "Formal Justice...", loc.cit., p.111; cette opinion est également partagée par de hauts magistrats belges: cf. C. HUBERLANT "Les mécanismes institués...", loc.cit., p.55; "Statuer en équité...cette méthode n'est guère praticable et non conforme à l'esprit du droit qui est constitué par des règles ayant par essence un caractère général"; F. DUMON, "La mission des Cours et tribunaux...", loc.cit., p.543; cf. aussi J. RENAULD, "L'équité en droit belge" in Rapports belges au VII^e Congrès International de droit comparé, Bruxelles, 1970, p.35.

(76) L. CORNIL, "La cour de cassation.Considérations sur sa mission", loc.cit., p.14 : "La propension des juges à se rallier aux solutions déjà admises dans des arrêts ou des jugements n'est pas qu'une manifestation de l'esprit de corps; elle répond à un sentiment profond d'unité et d'harmonie, qui se rattache lui-même au sentiment de justice, inspirateur constant des préoccupations des magistrats".

plus juste mais susceptible d'ébranler la sécurité des rapports sociaux (77). On observera encore, dans cet ordre d'idées, que le facteur principal de revirement de jurisprudence est d'ordre systémique : c'est bien souvent lorsqu'un changement législatif ou réglementaire est intervenu dans un domaine voisin de celui qu'il traite que le magistrat consent à modifier, par souci supérieur d'harmonisation, une solution acquise (78).

Reste évidemment à spécifier la règle générale (ou susceptible de généralisation) afin de parvenir à la solution intrinsèquement juste; l'illusion est de penser qu'à ce niveau règne l'indétermination (que certains valorisent en invoquant la "responsabilité" et la "liberté" du magistrat et que d'autres décrivent en désignant son "arbitraire"). Pour éviter l'exégétisme désuet qui conduirait à croire que la règle de justice se spécifie au regard du seul texte de la loi, comme si la justice se réduisait à l'application correcte de la loi écrite -le problème étant précisément de déterminer le sens de la loi et de se prononcer sur l'opportunité de son application en l'espèce- il faut insister sur le fait qu'un système juridique ne se réduit pas à un ensemble de lois. Tel qu'il fonctionne dans la représentation de ses utilisateurs, le système juridique déborde de toutes parts les textes qui le constituent; il existe non seulement en puissance mais en acte, totalité postulée et idéalisée, censée résider quelque part en sa complétude. Le trait le plus marquant de cette projection est précisément l'harmonie axiologique prêtée au système juridique. Le droit serait porteur d'une économie de valeurs dont le juge s'instaure comptable, rapportant aux Livres les écritures des opérations quotidiennes qui, au débit ou au crédit, restaurent l'équilibre des balances, la per-

(77) cf. P. LECLERCQ, Conclusions avant Cass., 26 janvier 1928, Pas., 1928, I, 65 : "quand la jurisprudence est fixée, les tribunaux la suivent même s'ils la croient erronée : ils savent qu'ils n'ont pas à soulever des controverses aux frais des justiciables. Une règle fixe même mauvaise, mais de l'existence de laquelle le justiciable est sûr est préférable à une règle changeante, car alors il n'y a plus de règle"; A. BAYART "L'article 4 du Code civil...", loc.cit., p.354; H.B., "Note sur les revirements de jurisprudence" in A.P.D., 1967, p.336.

(78) A. VANWELKENHUYZEN, "La motivation des revirements de jurisprudence" in La motivation des décisions de justice, Bruxelles, 1978, p.286; M. DUMON (De l'Etat de droit, J.T., 1979, p.478 (28)) ajoute cependant que "la Cour de cassation revient aussi sur sa jurisprudence lorsqu'elle est convaincue qu'elle s'est trompée".

manence des raisons. De cette "idée du droit" (Idee des Rechts), de cet "esprit de l'ordre juridique" ("Geist der Rechtsordnung") (79), se dégage un ensemble cohérent d'évaluations qui forment une grille de lecture raréfiante : du réel anté-juridique. Dans cette optique, qui est celle notamment d'une bonne partie de la doctrine allemande contemporaine, le système juridique se définit comme "un ordonnancement axiologique ou téléologique de principes juridiques supérieurs" (80); comme tel il réalise un ordre juste, pertinent, conforme à la nature des choses et à l'idée du droit (qui implique notamment l'unité d'appréciation, l'absence de contradictions) (81). De telle sorte que les seuls principes de solution qui seront considérés comme offrant une justification valide au sein du système juridique sont ceux qui s'harmonisent aux principes reconnus dans ce système. Conformisation qui à la fois raréfie considérablement la marge de solutions possibles et conforte la cohérence d'ensemble (82).

On voit donc qu'envisagée tant au plan de sa mise en oeuvre formelle que de sa spécification matérielle, l'application de la règle -qui englobe, ne l'oublions pas, les problèmes que pose son interprétation- appelle la référence à une systématité (juridique) axiologique harmonieuse dont, par ailleurs, il n'a pas manqué d'auteurs pour en rapporter la "paternité" au législateur rationnel(83).

(79) K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2è éd., Berlin-Heidelberg, 1969, p.400.

(80) C.W. CANARIS, Systemdenken..., op.cit., p.156; K. LARENZ, op.cit., p.401; O.A. GERMANN, op.cit., p.366 : "l'ordre juridique d'un pays doit être considéré, à chaque moment, comme un système harmonieux de règles de droit"; cf. aussi C. HUBERLANT, "Antinomies et recours aux principes généraux" in Les antinomies en droit, Bruxelles, 1965, p.212 : un système juridique n'est pas seulement "un ensemble organique de règles liées par des rapports logiques de coordination et de subordination", c'est aussi un système caractérisé par "l'harmonie de son esprit", "la concordance des solutions" au motif que "les normes les plus importantes sont inspirées par une même philosophie sociale".

(81) C.W. CANARIS, "De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand" in Les lacunes en droit, op.cit., pp.165 et 172.

(82) D.N. MAC CORMICK, "Formal justice...", loc.cit., p.115.

(83) O.A. GERMANN, op.cit., p.418.

Arrivés au moment de conclure ce chapitre consacré aux contraintes juridiques affectant la problématique de l'interprétation, nous constatons que tant le modèle quasi-normatif d'interprétation qui se dégage des textes en vigueur que l'analyse de l'action conjugée du langage et des valeurs juridiques ont révélé la prégnance d'un idéal systématique, très souvent rapporté à une Figure unitaire. Tout est exprimé comme si les textes de lois, multiples et bien souvent disparates, formaient un ordre complet, cohérent et rationnel, comme si ils émanaient d'un auteur unique, constant et rationnel.

Peut-être serait-il bon d'arrêter un instant le cours de nos recherches pour nous interroger sur le statut de ce "comme si". La littérature philosophique contient quelques très belles pages consacrées à cette question : elles sont de la plume de Kant qui s'interrogeait précisément sur la propension de l'esprit humain à introduire l'unité dans la connaissance du multiple. Cet effet est rendu possible par l'usage d'idées régulatrices dont Kant, selon le principe de sa philosophie critique, s'attachera à montrer la fécondité mais aussi les dangers à partir du moment où il en est fait un usage apodictique.

Pour Kant donc, la raison cherche à constituer la systématique de la connaissance; elle y tend par la voie d'idées transcendantales (ou régulatrices) qui font converger les lignes de direction suivies par les règles de l'entendement en un point qui, pour n'être qu'en idée (focus imaginarius), leur procure cependant la plus grande unité. De cette unité ou perfection projetée résulte une telle illusion que toutes ces lignes semblent en définitive partir de ce point, de cet objet situé nécessairement en-dehors du champ de la connaissance empirique possible (84). Il faut cependant se garder d'une telle illusion qui, donnant l'objet de l'idée comme certain en soi et réel, conduit à faire de l'idée un usage apodictique. Le principe de l'unité rationnelle - que Kant appelle encore le concept d'une intelligence suprême - doit, au contraire, être admis d'une manière problématique, comme simple idée. Cette idée

(84) E. KANT, Critique de la raison pure, trad. A. TREMESAYGUES et B. PACAUD, Paris, 1971, pp.453-454.

réalise l'unité systématique de l'usage empirique de notre raison en dérivant l'objet d'expérience de l'objet imaginaire de cette idée, c'est-à-dire en suggérant que les choses du monde doivent être considérées comme si elles tenaient leur existence d'une intelligence suprême ou encore en regardant toutes les liaisons entre les phénomènes comme si elles étaient des dispositions d'une raison suprême (85).

Kant ne se lasse pas d'insister sur la fécondité de cette tendance; en effet, "si nous admettons d'avance des vues parfaitement sages d'un auteur suprême, nous pouvons alors faire dans cette voie une foule de découvertes (...) alors, l'erreur même ne peut nous nuire" (86). Si en effet il vient à être prouvé, contrairement à nos démonstrations, que "A ne convient pas à B", on ne pourra cependant nier que A convient à quelque chose et a une fin bonne "comme si cette cause, en tant qu'intelligence suprême, avait tout fait d'après le plan le plus sage" (87).

Le danger est grand cependant de prendre cette unité d'une intelligence suprême pour déjà réalisée, et, par un funeste renversement, céder à la raison paresseuse ou renversée (*ignava vel perversa ratio*) qui nous fait tenir la perfection finale pour fondement réel de la réalité. Dogmatisme de la pensée qui, ajoute encore Kant, configure de manière anthropomorphique le concept d'une intelligence suprême et finit par imposer de manière dictatoriale des fins à la nature au lieu de les chercher, comme il convient, par la voie de l'investigation physique (88).

(85) E. KANT, op.cit., pp.467-468.

(86) E. KANT, op.cit., p.476.

(87) E. KANT, op.cit., p.477.

(88) E. KANT, op.cit., pp.478-479; cf. par exemple DESCARTES qui, dans le Discours de la méthode (Paris, 1934, p.52) se flatte "d'avoir démontré toutes les lois de l'univers sans que ses raisons reposent sur d'autres principes que les innombrables perfections de Dieu".

Sans tenter, à ce stade de notre exposé, une mise en question de l'idéal même d'unité de la raison que Kant avalise et dont il dégage les conditions de possibilité, on se contentera d'enregistrer la permanence de ce penchant de notre esprit, les performances auxquelles il permet d'atteindre et les retombées qui le menacent. Ces pages illustrent bien, nous semble-t-il, le lieu essentiel d'où procède l'idéal du législateur rationnel -focus imaginarius du système des textes juridiques- et l'ambiguïté de sa mise en oeuvre caractérisée par la fécondité heuristique qu'induit sa représentation mais aussi les réductions dogmatiques qui, à chaque instant, le guettent (89).

(89) La méthodologie qu'induit l'image du législateur rationnel pourrait encore être décrite dans les termes dont use M. MERLEAU PONTY (Phénoménologie de la perception, Paris, 1945, p.50) pour critiquer l'idéalisme : "l'idéalisme suppose effectué quelque part ce qui pour nous n'est qu'en intention : un système de pensées absolument vraies, capables de coordonner tous les phénomènes, un géométral qui rende compte de toutes les perspectives. Il ne faut rien de moins que cet objet absolu et sujet divin pour écarter la menace du doute radical et nous garantir la possession de l'idée vraie".

Chapitre III : Un modèle théorique de l'interprétation judiciaire de la loi.

Après avoir étudié les divers facteurs, tant discursifs que juridiques, affectant la démarche interprétative du juge, nous sommes maintenant en mesure de préciser un modèle scientifique ou théorique de l'interprétation. La réflexion ne progressant, selon le mot de Bachelard, que de manière polémique, notre première tâche consistera à parcourir le champ de cette problématique et y repérer les positions en présence (section 1). A peine cependant de se disperser dangereusement parmi les innombrables théories de l'interprétation que recèle la littérature juridique, un tel parcours sera non seulement sélectif mais aussi fortement orienté par notre propre conception de la question. Une attention particulière sera consacrée à la pensée de M. Esser qui s'inspire des travaux de M. Gadamer et dont les théories sont aujourd'hui largement partagées par les théoriciens du droit.

Viendra alors le moment d'élaborer, en quatre étapes, notre propre modèle de l'interprétation judiciaire de la loi (section 2). Nous nous efforcerons de dégager, au principe des différentes méthodes herméneutiques, une pré-interprétation ou interprétation "fondatrice" caractérisée par le désir de conforter l'image du législateur rationnel. Pour terminer, nous tenterons de préciser les limites historiques de pertinence de notre modèle en nous inspirant de la périodisation proposée par Max Weber.

Section 1. Les thèses en présence.

Pour tenter de mettre en perspective les principales théories de l'interprétation, nous proposerons quelques thèses de départ. Et d'abord l'idée que l'interprétation des mots de la loi est nécessairement fonction de leur contexte puisque nous savons déjà qu'aucun terme ne peut prétendre bénéficier en soi et dans l'abstrait d'un sens univoque. Nous avancerons ensuite l'idée que, en ce qui concerne la loi, on peut dégager l'action de trois contextes différents : un contexte langagier traduisant une méthode littérale, un

contexte juridique induisant une méthode systématique et un contexte sociétaire induisant une méthode téléologique (1). Ces trois contextes sont à comprendre comme trois cercles concentriques, dont le centre est représenté par les termes de la loi; la première plage est occupée par les propriétés du langage, naturel et juridique, dans lequel la loi est formulée, la seconde plage renvoie à la masse des textes juridiques formant système, la troisième est représentée par l'ensemble des relations et évaluations sociales dans lequel la norme avait été édictée, est interprétée ou sera appliquée.

Selon nous -la précision est d'importance- cette typologie n'a d'utilité qu'en vue d'opérer le classement des doctrines de l'interprétation car, pour le reste, il faudrait plutôt insister sur l'interaction profonde de ces trois contextes : ainsi par exemple nous avons déjà eu l'occasion de souligner combien la systématisme juridique contribuait à configurer le sens des termes légaux tirés du langage ordinaire. Dans chaque interprétation des lois, les trois contextes sont en jeu et redistribuent leurs influences réciproques; or ce qui est caractéristique de l'histoire des doctrines de l'interprétation, c'est précisément l'occultation de cette action conjointe des différents contextes, chaque théorie insistant sur le caractère déterminant d'une des trois séries de facteurs au détriment des autres.

Pour préciser quelque peu cette proposition, nous avancerons l'idée que depuis l'époque des grandes codifications, les doctrines de l'interprétation se sont progressivement éloignées du centre qu'occupent les mots de la loi pour gagner, selon un axe qui parcourt les trois contextes dégagés, la périphérie du droit que représente la matière sociale où il est appelé à fonctionner. Ainsi, sans prétendre à une périodisation rigoureuse qui, du reste, ne manquerait pas d'être artificielle et formelle, peut-on repérer trois "strates" théoriques caractéristiques : une première, que les auteurs français

(1) en ce sens, cf. P. PESCATORE, Introduction à la science du droit, Luxembourg, mise à jour 1978, pp.571 et sv.; J. WROBLEWSKI, "L'interprétation en droit : théorie et idéologie" in L'interprétation en droit, op.cit., p.60; J. VERBEKE, "Interpretatie van het recht en mecanische vertaling. Een rechtstheoretische beschouwing R.W., 1976, col.2049 et sv.

qualifient "d'exégétique" et les auteurs allemands de "subjective", prétend dégager la volonté du législateur historique par l'analyse littérale des termes employés; une seconde qu'on qualifie parfois "d'objective" ou de "systématique" s'affranchit de cette volonté subjective pour restituer un sens autonome de la loi, désormais détachée de son auteur et qui ne peut se comprendre qu'à la lumière de facteurs juridiques systémiques environnants; enfin, plus récemment, voit-on se multiplier les théories d'inspiration fonctionnaliste qui tendent à dissoudre les frontières du juridique et à immerger la loi, comprise comme schéma indicatif et non plus comme commandement impératif, dans le contexte socio-économique qui la détermine. Il nous faudra détailler chacune de ces positions et particulièrement la dernière qui pourrait bien être la doctrine dominante de notre époque.

Mais ce que nous devons d'ores et déjà relever c'est qu' alors que la théorie de l'interprétation suivait le mouvement centrifuge que nous venons d'évoquer, en revanche, la pratique de l'interprétation, profondément déterminée par les contraintes discursives et juridiques mises en lumière dans les chapitres précédents, s'est étrangement peu modifiée, à la fois moins exégétique que ne le laisseraient croire les excès de littéralisme des grands exégètes du Code civil du siècle passé et moins "socio-centrique" que ne le donnent à penser les théories contemporaines de l'interprétation. Cette observation, qui confirme la remarque de Ross selon qui les théories de l'interprétation sont, dans l'ensemble, normatives et peu scientifiques, décrivant une méthode désirée et non la pratique réelle (2), conduit à dire que l'effort des théoriciens consiste bien plus à rectifier et combattre les conceptions antérieures que de se soucier de la méthode effectivement mise en oeuvre par les juges. Ainsi, il est tout de même paradoxal d'observer que les grands auteurs qui, au début de ce siècle, ont combattu la méthode exégétique -Gény et Saleilles en France, Ihering en Allemagne (dès

(2) A. ROSS, On law and Justice, London, 1958, p.155.

la fin du XIX^e siècle), Vander Eycken et De Page en Belgique- ont chacun réussi à accumuler un grand nombre de décisions non strictement exégétiques, en vue de dissoudre les illusions (doctrinales) du littéralisme et les fictions qui le soutiennent. De sorte qu'on peut dire, avec M. Somerhausen, que "le pouvoir normatif du juge n'est nullement une découverte de la seconde moitié du XX^e siècle" (3).

Est-ce à dire pour autant que la jurisprudence, ainsi réhabilitée, ait suivi les Gény et les De Page sur la voie de la "libre recherche scientifique" ou de "l'induction sociale"? Nous inclinons à penser le contraire : comme le souligne à juste titre M. Husson : "la pratique actuelle se tient encore, trois quarts de siècle après cette critique et en dépit de l'écho favorable qu'elle a rencontré, dans le sillage de la méthode exégétique" (4).

Fonctionnant à l'écart des théories de l'interprétation, la pratique judiciaire s'attache à produire de "l'un" dans le droit; quand c'est possible, elle s'en tient à la lettre du texte censé clair et transparent; dans la majorité des cas elle recourt à l'esprit du système juridique dans son ensemble; exceptionnellement elle s'appuiera sur une considération socio-économique plus ou moins normalisée ou naturalisée. Le centre de gravité de cette méthode reste donc nomo-centrique; on ne peut dire que la méthode juridique ait connu sa révolution copernicienne.

Et si d'aventure, une décision tente un emprunt aux théories en vogue, il risque de s'en dégager une illusion (d'ouverture) supplémentaire, illusion qui, d'ailleurs, réside déjà bien souvent dans ces théories elles-mêmes (cf. infra). Ainsi, cette décision du

- (3) M. SOMERHAUSEN, "La motivation et la mission normative du juge" in La motivation des décisions de justice, op.cit., p.23; F. LAURENT écrivait déjà en 1869 (op.cit., t.I, p.331) "l'article 4 du Code civil donne aux tribunaux un grand pouvoir et, en quelque sorte, une part de l'exercice de la puissance législative".
- (4) L. HUSSON, "Les trois dimensions de la motivation judiciaire" in La motivation des décisions de justice, op.cit., p.82 ; "Analyse critique de la méthode de l'exégèse" in L'interprétation en droit op.cit., p.130; cf. aussi A.J. ARNAUD, Les juristes face à la société, Paris, 1975, p.172.

tribunal de Bruxelles qui, mis en présence d'une délicate antinomie, déclara "qu'il serait vain de prétendre trouver une solution par l'interprétation logique des textes. Le législateur n'ayant envisagé le problème, il faut rejeter et le recours aux travaux préparatoires et le procédé de déduction. Seule l'induction sociale peut conduire à une solution rationnelle" (5). En dépit de cette allusion explicite à la méthode préconisée par De Page, le tribunal se contenta en fait de procéder à une évaluation dogmatique des intérêts en présence, de sorte que, commentant cette décision, M. Foriers a pu écrire à très juste titre: "cette décision témoigne de la volonté des juges du fond de ne point se séparer de la vie et pour cela, de replacer les normes juridiques dans le cadre du système général de droit, l'induction sociale et la méthode téléologique n'apparaissant finalement sous cet angle que comme une nouvelle formulation de l'interprétation systématique" (6).

C'est le même glissement qui déjà s'opérait dans la pensée du premier président de la Cour de cassation française, M. Ballot-Beaupré qui, à l'occasion du centenaire du Code civil français, réclamait "qu'on adapte libéralement, humainement les textes aux exigences de la vie moderne" (7). Fort bien; mais selon quelle méthode? "Pour cette évolution nécessaire, le Code est entre les mains des juristes un instrument d'une singulière puissance; tantôt il énonce un principe dont on n'a qu'à déduire logiquement les conséquences dans les hypothèses les plus variées; tantôt il donne une solution imputant l'existence d'un principe que l'on dégage à son tour et auquel on remonte pour en faire découler des conséquences analogues en vue d'hypothèses nouvelles, tantôt par la combinaison d'articles, même séparés et éloignés les uns des autres, il permet d'atténuer les effets rigoureux ou de corriger les imperfections de

(5) Civ. Bruxelles, 20 janvier 1956, R.C.J.B., 1957, p.333 et note P. FORIERS.

(6) P. FORIERS, "Réflexions sur l'interprétation de la loi et ses méthodes" in R.C.J.B., 1957, p.343.

(7) cité par F. GENY, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, t.II, p.250.

l'un d'eux" (8). Méthode systématique que, septante ans plus tard, le Procureur Général Dumon développera encore largement pour son compte (9).

Ces précisions étant acquises, nous pouvons développer succinctement les trois grands moments qui ont scandé la problématique théorique de la méthodologie judiciaire.

La première période est donc celle de l'exégèse; plus encore que par son littéralisme (10), cette méthode se caractérise par son subjectivisme : elle tend en effet à restituer la volonté du législateur historique conçue comme une donnée réelle et univoque (11). Tantôt cette volonté se dégagera des termes mêmes de la loi, tantôt sa restitution impliquera l'usage d'un argument logique ou le recours aux travaux préparatoires. Quelles que soient les méthodes mises en oeuvre, le propos est unique : rendre à la loi le sens et la portée que ces auteurs sont censés lui avoir conférés. La spécificité de l'exégèse est qu'en définitive la volonté prêtée au législateur historique doit toujours pouvoir être rattachée au texte de la loi au prix de n'importe quel artifice; en effet, comme le soulignait Laurent : "on ne doit jamais séparer l'esprit de la loi de son texte (...) le texte est le véritable esprit de la loi tel

(8) cité par H. DE PAGE, De l'interprétation des lois, Paris-Bruxelles, 1925, p.18.

(9) F. DUMON, loc.cit., (pp.544 et 547) : "le juge découvre les règles de droit non seulement dans les coutumes et les textes de lois, mais aussi dans l'esprit des lois et les intentions du législateur, dans ce qui ressort nécessairement d'un ensemble de textes et d'intentions, dans les principes généraux du droit, dans ce qui découle de la nécessaire coordination et harmonisation des innombrables lois et principes du droit, dans le but et la nature des institutions juridiques". "Une méthode similaire à celle que prescrit l'article 1161 du Code civil doit être appliquée pour les règles de droit".

(10) Sur la méthode exégétique, cf. J. BONNECASE, L'Ecole de l'exégèse en droit civil, 2^e éd., Paris, 1924; F. GENY, op.cit., t.I, pp.28-40; L. HUSSON, "Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse" in Rev.trim.Dr.Civ., 1976, pp.431 et sv.; L. RAUCENT, Pour une théorie critique du droit, Gembloux, 1976, pp.243 et sv.

(11) Sur la théorie "subjective" de l'interprétation dans la doctrine allemande, cf. K. LARENZ, op.cit., pp.296-301; A. MENNICKEN, Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie, Berlin-Zurich, 1970, pp.19-24 et pp.30-48; J.B. VRANKEN, op.cit., p.231.

que le législateur lui-même l'a formulé" (12). Bien qu'une telle procédure engage en fait une certaine conception et de l'ordre juridique et de l'ordre social (contextes deux et trois), elle dissimule au maximum le jeu de ces interférences, donne l'illusion d'une conformisation passive du juge au législateur et semble garantir au mieux la sécurité juridique.

L'artificialité du propos, liée aux excès de certains grands commentateurs du Code civil ("Je ne connais pas le droit civil; j'enseigne le Code Napoléon") entraîna insensiblement le passage à la méthode objective ou systématique. C'est l'époque où le Procureur Général P. Leclercq pouvait écrire : "le texte n'enchaîne pas l'interprète, il n'enchaîne que l'ouvrier imprimeur et le premier ne doit pas être confondu avec le second" (13). Désormais le texte de la loi est détaché de son support subjectif; il n'est plus censé refléter une volonté intangible, il évolue en fonction du contexte juridique ambiant (14). Le rôle du juge s'accroît qui est d'actualiser la réglementation à la mesure des changements législatifs ambiants; ce n'est plus la loi qui est censée complète, c'est le système juridique envisagé en son esprit; ce n'est plus le législateur historique qui est pris en considération (ni d'ailleurs le législateur actuel) (15), c'est un législateur intemporel, répondant d'un système juridique anhistorique et harmonieux.

Certains auteurs voudraient aller plus loin et affranchir le juge de la tutelle du système juridique. Ainsi De Page, dès 1925, écrivait : "nous pensons que la solution ne doit pas être cherchée dans le droit mais alentour du droit, dans des sphères plus larges et plus profondes"; invitant le juge à "traiter la loi comme une

(12) F. LAURENT, op.cit., t.I, p.12.

(13) P. LECLERCQ, Conclusions avant Cass., 26 janvier 1928, Pas., 1928, I, 63.

(14) Sur cette méthode, cf. A. MENNICKEN, op.cit., pp.24-28 et pp. 48-58; K. LARENZ, op.cit., pp.296-301; K. ENGISCH, op.cit., pp.88-91.

(15) Contra cf. C. PERELMAN, "A propos de la règle de droit, essai de synthèse" in La règle de droit, Bruxelles, 1971, p.320.

chose et non comme une volonté divine ou humaine" il propose la méthode de l'induction sociale (16).

Parmi les innombrables variantes que connaît ce courant théorique, nous retiendrons la pensée de M.J. Esser à raison du grand retentissement qu'elle connaît et de son caractère extrêmement nuancé qui la situe à la frontière entre les deuxième et troisième cercles que nous avons dégagés (interprétation systématique et fonctionnelle) (17).

La thèse de M. Esser, exposée dans son ouvrage récent Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (18), part de l'idée que la loi ne peut se comprendre comme un commandement, comme l'expression d'un acte de volonté; elle exprime plutôt un schéma d'ordonnement social qui répond à un choix de valeurs opéré à un moment donné de l'histoire et qu'il appartient au juge de réactualiser en fonction du contexte nouveau des valeurs et des besoins sociaux (19). Dans ce cadre, lorsque le juge est confronté au problème quotidien d'application de la loi, les méthodes canoniques et dogmatiques de l'interprétation ne lui sont que d'un faible secours; à tout le moins, le juge ne pourrait se retrancher derrière elles pour masquer les points de vue axiologiques qui nécessairement le guident dans l'aménagement du fait et l'interprétation de la règle. C'est que le juge, comme tout acteur social, développe une précompréhension ("Vorverständnis") du donné juridique, anticipation portant sur les finalités que le droit comme technique d'ordonnement social est amené à réaliser. Cette précompréhension est donc un ensemble d'évaluations préalables ("Vorbewertungen") extra-systémiques, sortes de "topoi" ou "lieux communs" acceptés comme tels (selon la méthode de l'évidence) dans un milieu social donné à une

(16) H. DE PAGE, op.cit., p.18 et p.26.

(17) Sur l'influence de la pensée de M. Esser, cf. C. PERELMAN, Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris, 1976, p.82; cf. aussi W. VAN GERVEN, Het beleid van de rechter, Antwerpen-Zwolle, 1973, pp.28-42; E. HABA, "Précompréhension et rationalité dans le travail du juge" in A.P.D., 1975, pp.385 et sv.

(18) J. ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main, 1970.

(19) J. ESSER, op.cit., pp.33-36.

époque donnée. Où l'on retrouve la marque de M. Gadamer : c'est en effet l'application présente de la loi, réalisée en fonction du cas d'espèce et en se guidant sur les intérêts sociaux actuels (20) qui détermine la compréhension et donc l'interprétation de cette loi : dialectique du passé (la tradition) et du présent, cercle de l'appliquer et du comprendre.

Ces postulats de justice matérielle ("Sachgerechtigkeit") doivent cependant être compris de manière telle qu'ils ne donnent jamais à penser que l'oeuvre du juge verse dans le subjectivisme ou l'irrationnel. Tout le travail de M. Esser vise précisément à amener au grand jour les motivations réelles des juges afin d'en permettre la critique rationnelle. Selon M. Esser, l'hypothèse centrale qui guide le juge -qu'il partage d'ailleurs avec ses concitoyens- est qu'une solution juridique satisfaisante sur les plans logiques et conceptuels doit également se présenter comme juste et raisonnable ("gerecht und vernünftig"); un tel résultat peut être atteint en prenant en considération le contenu profond du droit (juste et raisonnable) formé d'un composé de principes généraux raisonnables. C'est cette hypothèse qui oriente la précompréhension du droit par le juge et qui l'érige en gardien de la juridicité (21).

Ainsi donc, la garantie de la rationalité de la décision se gagne-t-elle au terme d'un double examen : la solution proposée doit répondre aux nécessités de la justice matérielle mais également se trouver en harmonie avec le système juridique dans son ensemble (22). Placé à la charnière entre ces deux ordres de rationalité, le juge apparaît comme l'intermédiaire entre la conscience **sociale** et

(20) J. ESSER, op.cit., p.119; dans le même sens, cf. M. KRIELE, Theorie und Rechtsgewinnung, Berlin, 1967, p.157; W. VAN GERVEN et J.C.M. LEYTEN, Theorie en praktijk van de rechtsvinding, Zwolle, 1977 : ces auteurs insistent beaucoup sur le caractère "topique" d'une telle démarche; J. ter HEIDE, "Ontwikkelingen in de rechtsbedeling van de laatste twintig jaar" in Het rechterlijk oordeel, op.cit., pp.69 et sv., qui interprète cette démarche dans un sens résolument fonctionnaliste (le jugement comme instrument de changement social).

(21) J. ESSER, op.cit., p.21.

(22) Cette idée est reprise par M. ESSER à de très nombreuses reprises : op.cit., pp.9, 16, 20, 24, 28, 29, 44, 65, 69, 70, 71, 72, 74, 79, 80, 81, 84, 85, 87, 94, 96, 100, 101, 112, 113, 124, 128, 133, 139, 147, 152, 159, 168, 190...

la tradition juridique dogmatique (23). D'une part en effet, il ne saurait renoncer de travailler avec les points de vue dogmatiques élaborés par les autorités juridiques et qui s'imposent de façon obligatoire; mais, inversement, ces points de vue doivent être sans cesse réévalués, confrontés à l'attente d'une réglementation adéquate développée par la société.

Ce dernier point est évidemment le plus original et demande à être précisé. Lorsqu'il actualise les solutions dogmatiques, le juge ne fait pas oeuvre subjective ou "décisionniste": il reconnaît des valeurs et des institutions objectives ou supra-individuelles. Celles-ci configurent le caractère de justice sociale de la solution proposée. Mais comment s'accorder sur ces valeurs et cette justice? Le seul indice en est, toujours selon le professeur Esser, le consensus qui se forme à leur égard, ce consensus ne devant par ailleurs pas se comprendre comme une garantie absolue de justice au sens ontologique (24). Dans cette optique, une décision n'apparaîtra jamais absolument juste mais seulement plausible et acceptable. Ajoutons encore que le consensus envisagé est celui de la communauté des gens justes et équitables ("billig und gerecht Denkenden"), du public raisonnable ("vernunftige Leute"), ceci sans nier la préinterprétation par le juge de l'attente de ce type d'auditoire (25).

Que penser de ce modèle théorique?

S'il convient de relever dans un premier temps sa finesse, ses nuances et son originalité, d'approuver dans un deuxième temps certains de ces concepts centraux (la notion de précompréhension, la spécification de celle-ci par l'hypothèse de la rationalité du droit), on est cependant en droit de lui poser certaines questions critiques. Ce qui laisse perplexe, c'est l'ambiguïté du propos.

En définitive, les postulats de justice matérielle qui déterminent l'appréhension de la juste solution sont-ils extra -ou intra- systémiques? Ils sont, dira-t-on, extra-système, inspirés par les besoins sociaux contemporains; mais, ajoute-t-on aussitôt, ils se prêtent à une intégration dans la systématité juridique a

(23) J. ESSER, op.cit., p.137.

(24) J. ESSER, op.cit., p.25.

(25) J. ESSER, op.cit., p.22.

priori. N'est-ce pas une pétition de principe? Qu'est-ce qui en effet garantit cette harmonisation (26)? N'est-ce pas que déjà ces données "extra-juridiques" sont, plus ou moins implicitement, pétries de juridicité, façonnées par l'expérience juridique du juge? Y a-t-il même un sens à parler de rationalisation extra-juridique des solutions, ce qui impliquerait la possibilité d'opérer une définition de la rationalité juridique en-dehors du système juridique? Ne faut-il pas dire plutôt, en suivant l'enseignement de l'épistémologie contemporaine, qu'une vérification ou qu'une validation n'est possible que par référence aux prémisses du système conceptuel envisagé (27)? Nous pensons donc qu'il y a, dans cette référence à des standards extra-juridiques, un effet de perspective en trompe l'oeil et que le juge, parti en quête de l'attente de justice matérielle de ses contemporains, risque bien de ne rencontrer que du juridique étant entendu que le système juridique tel que nous le concevons ne se limite pas à un ensemble de textes mais dégage nécessairement une économie axiologique qui filtre la lecture du réel anté-juridique (cf. supra, chapitre II, section 2).

Par ailleurs, le concept de "consensus" qui garantit la rationalité des décisions, ne laisse pas à son tour de paraître équivoque. On pourrait d'abord dire que cette référence au consensus accuse le caractère "normatif" de la théorie de M. Esser. Ne prend-elle pas ses désirs pour la réalité cette théorie qui reconnaît postuler la possibilité pour les hommes de se prêter au dialogue, de se laisser convaincre par une argumentation rationnelle plutôt que par la suggestibilité et l'autorité (28), alors que de toutes parts

(26) Un auteur comme M. HABA (loc.cit., p.399) répondra que rien ne garantit cette conformité. Il conclut dès lors à l'échec de la tentative de M. Esser qui "tombe dans le psychologisme" et "aboutit à un certain irrationalisme de fait". Nous ne partageons pas ce point de vue. Selon nous, l'articulation au droit de données extra-juridiques est rendue possible en raison du fait que ces données sont déjà considérablement raréfiées, unifiées et pénétrées de "juridicité spontanée".

(27) en ce sens, cf. H.F. CROMBAG, J.L. de WIJKERSLOOTH, M.J. COHEN, "Over het legitimeren van rechterlijke beslissingen" in Het rechterlijk oordeel, Zwolle, 1973, pp.17-18.

(28) J. ESSER, op.cit., p.25.

se dresse le constat du formalisme croissant des motivations des décisions de justice (29)? Dans le même ordre d'idées, M. Esser a sans doute raison de souhaiter que, dans une société pluraliste, le juge s'explique et argumente sur ses prises de position axiologiques afin de gagner le consensus de ses concitoyens. Mais la réduction très perceptible de la pratique argumentative de nos Cours supérieures n'est-elle pas plutôt l'indice d'une absence grandissante de consensus face à laquelle le juge va chercher à imposer une solution plutôt que de convaincre les non-juristes de son bien-fondé (30)?

Mais il faut aller plus loin : c'est la notion même de consensus qui est équivoque. Vise-t-on un consensus sociologique réel? On devine immédiatement les problèmes engagés : le consensus de qui? sur quoi? déterminé par qui? Le maniement critique de cette notion impliquerait un travail d'enquête et d'analyse presque infini qui n'est pas opéré en l'occurrence, comme le reconnaît d'ailleurs M. Langemeijer (31).

(29) cf. pour la France, A. TOUFFAIT et A. TUNC "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation" in Rev. Trim. Dr. Civ., 1974, p.497 : "Tout se passe comme si la Cour se considérait comme infaillible. On peut certes discuter la portée du dogme, non son existence...la solution est présentée comme une évidence (...) l'absence de discussion nuit gravement au progrès du droit"; cf. J. EECKHOUT "Des jugements et de leur style; à propos d'une étude de M. Tunc" in J.T., 1974, p.695; J. HEENEN, "Propos sur le droit cambiaire et sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation" in J.T., 1977, p.387; cf. pour la Hollande, J-B. VRANKEN, Kritiek en methode in de rechtsvinding, op.cit., pp.146 et 192 qui parle d'une "terugtrekkingstactiek in de jurisprudentie : (...) de rechter doet zijn best om zo minimaal mogelijk te argumenteren".

(30) La thèse de la nécessaire acceptabilité de la décision par l'opinion publique est rejetée par nos magistrats : cf. F. DUMON, "La mission des Cours et tribunaux", loc.cit., pp.541-542 : "Je ne crois pas avoir à souligner le danger et le caractère purement théorique d'une telle thèse qui devrait à tout le moins être sérieusement nuancée"; R. LEGROS "Considérations sur les motifs" in Revue de droit pénal et de criminologie, 1970-71, p.19 : "quant à l'opinion générale, à la conscience sociale, il faut reconnaître que ce sont des notions assez vagues qui peuvent couvrir des solutions de facilité. L'opinion de la nation est imprécise, diffuse...".

(31) G.E. LANGEMEIJER, "De verantwoordelijkheid van de nederlandse rechter" in Het rechterlijk oordeel, op.cit., p.101.

On pourrait dire alors, à la suite de M. Rigaud, que "le fait que dans nombre de sociétés en mutation, on parle beaucoup de consensus révèle peut-être la hantise d'une dislocation sociale plus que la confiance dans la possibilité d'une communauté de valeurs et de choix. Il y a quelque chose qui s'apparente à l'exorcisme ou à l'incantation dans cette référence au consensus" (32). Sans doute l'idéologie dominante parvient-elle à diffuser certaines représentations largement partagées par le corps social. Mais d'une part nous avons déjà souligné combien ces éléments extra-juridiques étaient filtrés par le conceptualisme et les méthodes juridiques et, d'autre part, on voit mal comment de tels noyaux idéologiques pourraient former la base d'une légitimation "critique" de la décision de justice, à moins de nouveau de procéder à une très complexe élucidation de leur nature et de leur fonction.

Dans ces conditions, il apparaît que l'usage proposé du concept de consensus n'est pas sociologique mais a priori : on vise le consensus d'une communauté rationnelle abstraite, d'un auditoire universel (33). Si l'on peut admettre, avec M. Vranken, que la notion de consensus doit dans ce cas être comprise comme idée régulatrice, terme idéal d'une démarche argumentative (34), il faut bien reconnaître que le contexte de légitimation dans lequel il s'insère tend inévitablement à infléchir son usage en usage "apodictique" ou dogmatique.

"Acte de foi juridique" (35), "version moderne du iusnaturalisme" (36), la référence au consensus pourrait bien opérer, au plan du troisième contexte de l'interprétation de la norme (le contexte sociétaire), l'effet de clôture qu'opérait la référence au texte clair au plan du contexte sémantique et la référence à l'harmo-

(32) J. RIGAUD, "Réflexions sur la notion de consensus" in Pouvoirs, 1978, n°5, p.9.

(33) M. ESSER reconnaît d'ailleurs lui-même que "le consensus auquel tient le juge est une rationalité qui n'existe pas mais devrait exister" (op.cit., p.25).

(34) J.B. VRANKEN, op.cit., pp.142 et sv.

(35) E.P. HABA, loc.cit., p.399.

(36) G.E. LANGEMEIJER, "Nieuwe duitse theorieën over rechterlijke rechtsvinding" in Mededelingen van de Koninklijke Vlaamse Akademie, Klasse der Letteren, Jaargang XXVIII, nr3, p.19.

nie du système, au plan du contexte juridique. Où l'on rejoint l'observation de Ross selon lequel c'est l'effet traditionnel de la théorie du droit que d'inscrire le juridique, pour le légitimer, dans le double registre de l'effectivité sociologique (adhésion populaire, consensus "réel") et de la rationalité a priori (consensus abstrait) (37). Il apparaît donc que le mouvement centrifuge qui a conduit la doctrine juridique de l'exégèse des termes de la loi à la prise en cause des intérêts sociaux extra-systémiques, pourrait bien donner seulement l'apparence du mouvement ce qui, par un effet assez inattendu, lui garantit en définitive une certaine adéquation à la pratique de l'interprétation qui, à raison des contraintes déjà évoquées qui l'affectent, ne s'est pas, elle non plus, substantiellement modifiée. Peut-on risquer d'en présenter à notre tour un modèle théorique? C'est ce à quoi nous voudrions nous attacher maintenant.

Section 2. Un modèle théorique de l'interprétation judiciaire de la loi.

En nous appuyant sur les enseignements du courant herméneutique et en n'ayant d'autre ambition que de rendre compte de la démarche d'interprétation effectivement suivie par les juges - ceci, sans nier les inévitables distorsions dues au caractère herméneutique de notre propos en particulier et de la théorie du droit en général (38) - nous croyons pouvoir proposer un modèle descriptif qui s'articule autour des concepts de préinterprétation, de législateur rationnel, d'interprétation "fondatrice" et d'interprétation "effectuante". Il s'agira d'abord d'établir que toute application de la loi

(37) A. ROSS, On Law and Justice, *op.cit.*, p.65; cf. aussi C. LEFORT (Les formes de l'histoire. Essais d'anthropologie politique, Paris, 1978, pp.307-308) : "La règle doit être soustraite à toute question qui porterait sur son origine" mais elle doit aussi "faire la preuve de sa validité dans l'usage"; de même le maître doit, d'une part "incarner une autorité qui n'a pas à rendre raison d'elle-même, ou, comme on dit, de droit divin et, de l'autre, prodiguer les signes de sa compétence"

(38) sur ce point, cf. M. van de KERCHOVE et F. OST; "Possibilité et limites d'une science du droit" in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1978, n°1, pp.1 et sv.

met en jeu une préinterprétation, généralement non consciente, de celle-ci. Nous spécifierons cette attente de sens par référence aux attributs d'une législation satisfaisante tant sur les plans linguistiques que formels et axiologiques. L'image du législateur rationnel sera donc proposée comme contenu spécifique du projet interprétatif fondamental des juges c'est-à-dire de l'interprétation "fondatrice". A son tour, cette interprétation fondatrice demande à être spécifiée et mise en oeuvre par une ou plusieurs méthodes spécifiques que nous rassemblons sous le vocable d'interprétation "effectuante", la distinction entre interprétation "fondatrice" et interprétation "effectuante", pouvant être rapprochée de celle que M. Larenz ménage entre le "comprendre" (Verstehen) et l'"interpréter" (Auslegen) (39). Enfin la vérification de la pertinence du sens retenu est opérée selon divers procédés qu'il nous faudra examiner.

1. Le premier stade de notre modèle consiste dans l'affirmation selon laquelle une précompréhension guide l'opération d'application de la loi. Cette idée s'inscrit parmi les acquis du courant herméneutique, le point commun à tous les auteurs qui en relèvent étant précisément la constatation que toute lecture d'un événement, d'un document ou d'un récit est déjà préstructurée par une préinterprétation de ce qui y est à comprendre. M. Gadamer parle à ce sujet de "préjugé" ou de "précompréhension" (Vorverständnis) (40), M. Ricoeur évoque la familiarité du lecteur et du texte qui dessine un "cercle herméneutique" (41), M. Ladrière explique que la démarche interprétative se nourrit d'une "attente de sens déterminée" (42).

Témoigne de l'efficience de cette précompréhension, la théorie si tenace de la clarté du texte (ou de l'esprit) de la loi : comment en effet prétendre à la clarté d'une expression (et conclure à l'inutilité de son interprétation) si une préinterprétation n'a pas instantanément orienté la lecture du texte en question? Participe

(39) K. LARENZ, op.cit., p.181; cf. aussi J.B. VRANKEN, op.cit., pp. 228-236.

(40) H.G. GADAMER, Vérité et méthode, op.cit. p.106.

(41) P. RICOEUR, La métaphore vive, Paris, 1975, p.307.

(42) J. LADRIERE, "Le rôle de l'interprétation en science, en philosophie et en théologie" in Science, philosophie, foi, Paris, 1974, p.213.

également de ce phénomène le style syllogistique du raisonnement judiciaire : si une certaine attente de sens juridique polarise l'appréhension de la question litigieuse, il n'est pas si artificiel de rendre compte du traitement de cette question sous la forme de l'imposition au cas particulier de la règle générale posée a priori. Manifeste encore l'efficace d'une précompréhension, le fait, relevé par M. Delpérée, qu'à défaut de pouvoir opérer un contrôle explicite de la constitutionnalité des lois, le juge, en se donnant pour règle de retenir le sens conforme à la Constitution comme sens exact, opère en fait une préalable appréciation de la conformité de la loi à la Constitution (43).

Dans la plupart des cas cette préinterprétation est si "naturelle", si ancrée dans l'expérience juridique du magistrat qu'elle ne se manifeste pas à elle-même : l'attente de sens est immédiatement et entièrement comblée par le texte. Il arrive cependant des cas où pointe un doute -que nous qualifierons de doute au premier degré- l'attente de sens étant comme différée par un texte qui, en première lecture, semble problématique soit par exemple en raison de la contradiction qu'il crée avec une autre règle également en vue, soit au contraire qu'il paraisse insuffisant voire même recéler un défaut de solution juridique.

Or ce qu'il faut bien voir c'est que dans ces cas problématiques n'en opère pas moins -et de manière décisive- une préinterprétation. Cela a été très nettement établi en ce qui concerne le problème de la contradiction des normes. Pour un logicien comme M. von Wright, l'affirmation que deux normes puissent se contredire entre elles ne peut être établie par la simple logique; "la seule possibilité -ajoute-t-il- de faire voir que les normes -prescriptions peuvent se contredire consiste à relier la notion de la prescription à une certaine idée relative à l'unité et à la cohérence de la volonté" (44). Autrement dit, ce n'est qu'à condition de pré-

(43) F. DELPEREE, "La conformité de la loi à la Constitution" in R.C.J.B., 1977, p.462; sur l'interprétation de la Constitution à partir d'une vision préconstitutionnelle visant à réaliser, par la charte fondamentale, un ordre unitaire de la vie politique et sociale de la communauté étatique, cf. W. SCHRECKENBERGER, Rhetorische Semiotik. Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundes-Verfassungsgerichts, Freiburg, 1978, pp.142-148 et pp.164-165.

(44) G.M. von WRIGHT, Norm and action, London, 1971, p.151; cf. aussi G. KALINOWSKI, Etudes de logique déontique, t.I, Paris, 1972, p.102 et A. JEAMMAUD, Des oppositions de normes en droit privé interne, thèse ronéotypée, Lyon, 1975, p.585.

supposer que l'ensemble des normes procède d'un auteur rationnel qui se rendrait coupable d'irrationalité en se contredisant, que l'on peut retenir l'idée d'une antinomie juridique. La cohérence de principe de la législation apparaît comme toile sur fond de laquelle se détache la déficience supposée du texte problématique. Cette idée ne s'autorise pas seulement d'arguments logiques : sur le plan idéologique on peut dire également, à la suite de MM. Capella et Gavazzi notamment (45), que parler de contradictions de normes comme d'un défaut auquel il importe de remédier, implique un choix préalable en faveur du postulat de cohérence des solutions juridiques matérielles.

Ce postulat, non content de fournir le critère permettant d'identifier l'antinomie, impliquera la nécessité impérieuse de la réduire et produira les techniques nécessaires à cet effet, comme par exemple la règle qui veut qu'un législateur rationnel ait entendu déroger à une loi générale lorsqu'il a pris une disposition spéciale concernant le même domaine. Ce télescopage de fonctions exercées par une même préinterprétation conduira bien souvent, une fois le résultat atteint et la contradiction évacuée, à nier l'existence même du problème qui s'est posé... d'où l'idée, qu'en définitive, en droit, il n'y a d'antinomies qu'"apparentes" ou "provisoires" (46).

On peut faire des considérations analogues à propos de la notion de lacune juridique : ce n'est qu'à condition d'avoir présente à l'esprit l'image d'un ordre juridique pleinement satisfaisant qu'on peut parler de "lacune" et l'envisager comme une déficience à laquelle il importe de remédier... par des procédures qui en défini-

(45) J.R. CAPELLA, El derecho como lenguaje, Barcelone, 1968, p.280; G. GAVAZZI, Delle Antinomie, Turin, 1959, p.6.

(46) cf. P. FORIERS, "Les antinomies en droit" in Les antinomies en droit, Bruxelles, 1965, pp.23-24 : "cette élimination indispensable qui finit par ne laisser subsister qu'une norme déclarée applicable au cas d'espèce apparaît comme si fondamentale que d'aucuns contestent qu'il puisse y avoir des antinomies en droit. En somme, ils raisonnent de la manière suivante : puisqu'aussi bien une seule norme est finalement applicable il n'existe guère que des antinomies apparentes"; cf. aussi L. MORGENTHAL, "Les antinomies en droit social", ibidem, p.39 : "en droit les antinomies ne peuvent être que provisoires".

tive feront apparaître la lacune initiale comme "apparente" ou "provisoire" (47).

Dans tous ces cas l'ensemble de la démarche est mue par une préinterprétation d'autant plus contraignante qu'elle finit par occulter le problème qu'elle a suscité et les choix qu'elle a imposés pour le résoudre, ce qui, en définitive, conduit au phénomène que nous avons qualifié plus haut de "refoulement de l'interprétation".

Ce point étant acquis nous pouvons passer à la seconde étape de notre modèle qui vise à spécifier le contenu de l'attente de sens dont nous venons de dégager l'efficace.

2. A ce stade il nous faut formuler les hypothèses sur le fondement desquelles un sens satisfaisant pourra être rendu apparent. Quelle est dans le système juridique, cette interprétation fondatrice ce projet recteur, cette intention globale que M. Wroblewski qualifie quant à lui d'"idéologie de l'interprétation" (48)? Nous soutenons que l'interprétation qui a le plus de chances d'être retenue est celle qui conforte la représentation du système juridique transparent, non lacunaire, non redondant, cohérent dans ses finalités et dans l'adaptation des moyens à ses fins, ou, si l'on préfère une représentation anthropomorphique, nous dirons que le sens le plus satisfaisant est celui qui établit ou restaure l'image du législateur rationnel. L'étude plus approfondie des diverses manifestations de cette représentation fera l'objet du chapitre suivant. Disons d'ores et déjà qu'eu égard au triple contexte d'interprétation de la norme (linguistique, systémique et fonctionnel) le législateur

(47) cf. K. ENGISCH, op.cit., p.136 : c'est le concept de "totalité juridique" (Rechtsergänzung) qui crée le concept de lacune comme "déficiency" (Mängel); cf. aussi K. LARENZ, op.cit., p. 286 qui définit la lacune comme une inconséquence dans le plan du législateur.

(48) J. WROBLEWSKI, "L'interprétation en droit : théorie et idéologie" in L'interprétation dans le droit, op.cit., p.63 : "l'idéologie de l'interprétation juridique a pour but de diriger l'activité interprétative suivant les valeurs ou idéaux à réaliser".

sera tenu pour "un utilisateur rationnel du langage extra-légal (naturel) ou un créateur rationnel du langage légal, un créateur rationnel du système de droit étudié, un utilisateur rationnel des jugements de valeurs, surtout préférentiels, que présupposent les normes juridiques édictées par lui" (49).

3. La troisième étape du modèle vise la mise en oeuvre, dans le champ sémantique ouvert par l'interprétation fondatrice, de diverses procédures d'interprétation technique relatives à la discipline considérée. C'est le stade de l'interprétation effectivante. Ces méthodes -littérale et grammaticale, logique et systématique, historique et téléologique- sont connues des juristes; elles forment, depuis des temps très reculés, la matière d'adages, d'arguments et de maximes qui ne vieillissent pas (50).

Plus que l'inventaire de ces diverses recettes, ce qui importe c'est de saisir le projet de sens global au service duquel elles opèrent. C'était déjà le mérite de Savigny de souligner, sous l'influence de Schleiermacher, que l'interprétation est un art auquel contribuent en proportion variée les diverses méthodes ou canons d'interprétation sans qu'aucun d'entre eux puisse prétendre, par sa vertu propre, garantir l'accès à la vérité (51). Il faut donc absolument éviter de prêter à chacune de ses méthodes une vertu heuristique déterminante : elles ne valent que ce que vaut le projet de signification qu'elles soutiennent (52).

En ce qui concerne nos ordres juridiques, nous dirons avec M. Carbonnier que les recettes utilisées par les interprètes classiques "se rattachent, plus ou moins facilement, à l'idée fondamentale que

(49) G. KALINOWSKI, "Une théorie de la dogmatique juridique" in A.P.D., 1970, pp.410-411.

(50) Sur les méthodes d'interprétation en droit romain cf. G. HANARD "Interprétation et normes de droit privé sous la République et le Principat" in L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire, op.cit., pp.387 et sv.

(51) en ce sens, cf. J.B. VRANKEN, op.cit., p.230.

(52) en ce sens, cf. H. KELSEN, Théorie pure du droit, 1^è éd., trad. H. THEVENAZ, Neuchâtel, 1953, p.139.

la loi est une volonté raisonnable" (53).

Ce point acquis, nous pouvons tenter de préciser la nature et l'articulation des diverses directives techniques qui interviennent dans le processus d'interprétation de la loi. En nous inspirant toujours du triple contexte qui détermine le sens d'une norme, nous dirons que les directives d'interprétation peuvent être classées en trois espèces : linguistique (il faut interpréter les termes non définis par le législateur selon leur sens usuel), systémique (*ubi eadem ratio, ibi idem ius*) et fonctionnelle (il faut conférer à la norme un sens compatible avec les préférences manifestées par la législation, un sens conforme à la fonction des institutions...) (54). Dans la plupart des cas la norme n'est qu'implicitement soumise à ce triple examen; il faudrait, idéalement, que le juge procède successivement et explicitement à cette triple confrontation et ne retienne que le sens qui satisfasse à ses diverses exigences. En fait le juge est d'autant moins porté à distinguer ces divers plans que s'opère une très réelle interaction des contextes en jeu : le langage "usuel" est tout pétri de juridicité, tandis que l'environnement

- (53) J. CARBONNIER, Droit civil, t.I, Paris, 1955, p.138 : en ce qui concerne plus particulièrement l'argument d'analogie (*ubi eadem ratio, ibi idem ius*) cf. G. KALINOWSKI, Introduction à la logique juridique, Paris, 1966, p.166; J. HERBOTS, "Mag ik hertrouwen asjeblief? Over analogie en Wetsuitlegging" in R.W., 1979, p.2694.
- (54) Il est très intéressant de noter que, parti d'un tout autre champ théorique que le nôtre, M. MACKAAY ("Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprévision" in Langages, n°53, mars 1979, pp.33 et sv.) aboutit à des conclusions très voisines. Cet auteur s'inscrit dans le courant théorique nord-américain qui vise à produire une théorie économique de la rationalité juridique. Selon cette théorie, le droit opérerait un choix constant entre deux coûts sociaux antinomiques : l'incertitude et l'inadaptation, la plus grande adaptation du droit au social se traduisant nécessairement par la plus forte insécurité juridique. Etudiant la question de l'interprétation sous cet angle, M. Mackaay finit par dégager trois types de limites qui raréfient le libre choix des juges : une limite sémantique (respecter les conventions linguistiques communes), une limite due à la nécessité de maintenir la cohérence du système juridique et une limite due à la nécessité de conforter les choix axiologiques de la communauté. Sous réserve de l'interprétation à donner à ce dernier élément, nous souscrivons à cette présentation; cf. aussi M. van de KERCHOVE, qui, partant de la distinction posée par Morris entre les dimensions sémantique, syntaxique et pragmatique du langage, conclut que l'existence d'un doute concernant le sens d'une norme peut procéder de trois sources différentes : d'ordre sémantique, d'ordre syntaxique (ex. : l'antinomie) et d'ordre pragmatique ("La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique", loc.cit., pp.29-32).

social de la règle n'est, à son tour, reproduit qu'au travers du prisme des évaluations juridiques.

Dans certains cas cependant la complaisance quelque peu tautologique de cette confrontation implicite est prise en défaut et pointe un doute plus sérieux sur le sens de la norme, doute que nous qualifions de "doute au second degré", pour le distinguer de celui (implicite) qui avait déclenché le processus même de l'interprétation de la règle. Ainsi par exemple retenir le sens usuel des termes d'une loi introduirait une inconséquence systémique, soutenir une solution juridiquement satisfaisante provoquerait une inéquité... Interviennent alors des directives secondaires d'interprétation destinées à permettre un choix explicite entre les diverses exigences en opposition. On préférera admettre par exemple que le législateur a fait oeuvre "relativement inéquitable" plutôt que de soutenir qu'il a fait oeuvre inutile, qu'il a employé un terme "pour ne rien dire du tout" (55). C'est dans des espèces de ce type au cours desquelles un problème très aigu d'interprétation s'est posé, que se manifeste le plus ouvertement l'interprétation fondatrice qui détermine le magistrat : c'est donc dans ce cas que nous aurons le plus de chances de rencontrer des allusions directes aux diverses formes du postulat de rationalité du législateur (cf. infra, chap. IV).

4. Le quatrième stade de notre modèle entend rendre compte des procédures de vérification de la pertinence de l'interprétation retenue. Ces procédures forment la matière des motivations des décisions de justice. Certes, la fonction du juge étant plus pragmatique que scientifique, il ne faut pas s'attendre à trouver dans ces motivations l'équivalent d'un protocole d'expérimentation. Il y a, bien évidemment, beaucoup d'implicite dans la motivation. Cependant, s'il est vrai qu'en vue de parfaire la cohérence discursive de sa démarche, le juge sera tenté de formaliser encore la structure rédactionnelle de sa motivation, nous ne partageons pas pour autant la thèse

(55) Cette directive se dégage des conclusions du Procureur Général L. CORNIL (Cass., 16 novembre 1944, Pas., 1945, I, 34) rendue dans une espèce qui mettait en discussion l'interprétation classique de l'article 1734 du Code civil (instituant la responsabilité solidaire des colocataires en cas d'incendie déclaré dans l'immeuble loué).

de ceux qui soutiennent que cette motivation n'est qu'un paravent destiné à garantir a posteriori la conformité au droit en vigueur d'une décision qu'"autre chose" inspirerait. Selon nous, la forme syllogistique, systémique et conceptuelle de la motivation ne fait que reproduire les traits de la préinterprétation qui a déterminé l'ensemble de la démarche.

Quoiqu'il en soit de cette question, on s'accordera à reconnaître que la vérification de la pertinence d'une interprétation juridique ne peut prétendre aboutir à une quelconque adéquation entre le sens retenu et "le" sens vrai. Il serait d'ailleurs plus opportun de parler de "validation" que de "vérification" de l'interprétation proposée (56).

Nous ne sommes pas en effet dans le domaine des certitudes assurées; il faudra argumenter, valider la construction suggérée.

Il semble bien qu'en cette matière, les critères de congruence et de fécondité soient déterminants (57) : l'interprétation la plus satisfaisante, la plus probable, est celle qui rend compte du plus grand nombre d'éléments fournis par le texte et offre la meilleure convergence qualitative entre les traits qu'elle prend en considération (critère de congruence), elle est aussi celle qui attribue au texte le maximum des connotations qu'il suggère, qui l'égalise aux plus importantes virtualités de l'expérience qu'il vise (critère de fécondité).

Mais, en définitive, quels que soient les arguments invoqués, quelles que soient les règles utilisées en vue de valider une interprétation, on n'échappe pas au cercle qui va de l'attente de sens à sa satisfaction ou saturation : on n'échappe donc pas à la nécessité de spécifier cette attente, de parier pour un type donné d'intelligibilité du texte. C'est pourquoi M. Ricoeur est si bien inspiré de comparer l'interprétation d'un texte à un pari (58).

(56) Notons d'ailleurs que même dans les sciences "exactes", les concepts de vérification et de vérité sont de moins en moins invoqués par l'épistémologie contemporaine (cf. infra, Troisième partie, Titre I, Chapitre I).

(57) Sur l'action de ces critères dans les processus de vérification des sciences humaines, cf. J. LADRIERE, "Les sciences humaines et le problème de la scientificité" in Les études philosophiques avril-juin 1978, n°2, p.146.

(58) P. RICOEUR, "La métaphore et le problème central de l'herméneutique" in Revue philosophique de Louvain, t.70, Louvain, 1972, p.105

Faute de pouvoir fournir la preuve irréfutable du bien-fondé de sa décision, le juge s'efforce de valider le pari qu'il tient de la rationalité du législateur. Où nous retrouvons la structure "régulatrice" de l'image du législateur rationnel.

Un modèle théorique, quel qu'il soit, ne peut jamais prétendre expliquer totalement et pour toujours l'objet dont il entend rendre compte. Il nous faut donc apporter quelques précisions sur les limites de validité de notre propos. Ces limites sont essentiellement de deux ordres : on peut dire d'abord que le modèle proposé s'inscrit dans la séquence historique moderne qui, du point de vue juridique, se caractérise par une formalisation de l'oeuvre de justice, liée à une codification de la loi et une centralisation des communautés politiques. On relèvera ensuite que, même au sein de cette séquence historique, le schéma retenu n'est pas également pertinent.

Commençons par ce dernier point. On peut dire que le pouvoir explicatif de nos hypothèses varie tant en fonction de la nature du contentieux envisagé, que de l'identité de la juridiction saisie et du type de disposition interprétée.

Sur le plan du contentieux, il est clair que l'image du législateur rationnel a plus de chances de s'avérer explicative dans une procédure mettant en jeu une délicate question d'interprétation juridique, que dans une affaire où il est demandé au juge de fixer le montant d'une indemnité ou la durée d'un préavis ceci dit sans perdre de vue l'enseignement du chapitre précédent qui avait montré la très relative incursion du concret dans l'oeuvre de justice.

Par ailleurs, si on envisage la question sous l'angle de la juridiction saisie de l'affaire, il est évident que notre schéma s'applique mieux à la démarche suivie par les Cours supérieures qu'à celle des tribunaux inférieurs. A cet égard on peut faire remarquer que le meilleur terrain d'observation du modèle en quatre étapes que nous avons élaboré est constitué par les conclusions du Ministère public précédant certains arrêts de la Cour de cassation. Moins tenu à la concision que la Cour elle-même, l'organe de la loi peut y développer tout à loisir le raisonnement qu'il suggère à la Cour.

Enfin -l'observation est capitale- la pertinence du modèle dépend fortement du type de norme interprétée. Notre étude, nous l'avons précisé d'emblée, vise la législation interne. Elle devrait certainement être modalisée si on voulait la transposer à l'étude de l'interprétation des traités par exemple. Si on envisage des traités d'intégration (59) du genre de ceux instituant les Communautés européennes, il est certain que leur interprétation est créatrice et évolutive, l'ordre juridique de référence étant situé en aval de l'intervention de la Cour de justice des communautés, ordre juridique prospectif à la création duquel elle participe directement (60). La différence est sensible d'avec la tâche des juridictions internes tenues d'appliquer un ordre juridique situé en amont de leur intervention et cela dans un rapport d'allégeance constant à un législateur qui se réserve l'initiative de la création du droit, contrairement aux Hautes Parties contractantes qui s'effacent une fois réalisé leur accord sur quelques dizaines d'articles.

Plus importantes encore sont les limites qu'impose à notre modèle le moment historique au sein duquel s'inscrit le dispositif judiciaire dont il entend rendre compte.

Sans pouvoir entrer dans tous les développements qu'une telle problématique implique, on peut admettre la thèse de M. Weber parlant d'une rationalisation progressive de l'administration de la justice. A l'origine, précise M. Weber, la justice est oeuvre irrationnelle : elle combine le formalisme de procédures magiques à l'intervention

(59) Sur la distinction entre traités d'intégration et traités de coordination, cf. C. DE VISSCHER, Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public, Paris, 1963, pp.153-167. L'interprétation des traités classiques (traités de coopération) est, à l'opposé de celle des traités d'intégration, assez restrictive notamment du fait que le traité se produit comme une spécification ou une dérogation de la coutume, "droit commun" des relations interétatiques.

(60) Sur l'interprétation du droit communautaire, cf. P. PESCATORE, "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice" in Miscellanea Ganshof van der Meersch, t.II, pp.325 et sv. (Méthode "téléologique et évolutive"); F. DUMON et I. VEROUGSTRAETE, La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation, Luxembourg, 1976: ces auteurs retiennent également la méthode téléologique mais sont plus réservés quant à la méthode "évolutive" (pp.80, 111). A propos des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, cf. F. RIGAUX, "La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme" in J.T., 1979, pp.513 et sv.

de personnages charismatiques interprètes de la volonté des divinités. Par la suite, la jurisprudence se stabilise par voie de création ponctuelle et respect du précédent; vient ensuite le temps de la codification qui impose des solutions générales édictées par un pouvoir central de type laïque ou théocratique. Enfin, l'oeuvre de justice achève de se formaliser sous l'influence d'un corps de juristes professionnels formés au raisonnement déductif et chargés de développer systématiquement les solutions légales(61).

En s'inspirant de cette périodisation, on pourrait tenter de dégager trois modèles de justice à comprendre moins comme trois phases d'un développement historique linéaire et inéluctable que comme trois "types idéaux" qui ne se rencontrent jamais à l'état pur dans la réalité.

Le premier modèle est de type charismatique ; la loi s'apparente à un oracle, le juge est prophète ou médium, la procédure est secrète et orale. Sous une forme plus évoluée, ce type de justice est rendue par un personnage respecté dans la communauté, doué de pouvoirs plus ou moins surnaturels et s'inspirant des usages et valeurs en vigueur dans le groupe social. C'est le modèle que M.Weber qualifie de "justice du cadî" et M. Arnaud de "système de la toge" (62).

Le second modèle nous est plus familier, il est de type logique; la loi s'apparente à un théorème, le juge est chargé d'appliquer la solution générale au cas d'espèce, la procédure est publique et écrite. C'est l'ère du texte, donnée générale, a priori et relativement stable, censée-moyennant quelques adaptations de détail- fournir réponse à tout problème; traitement systématique qu'opère

(61) M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, op.cit., p.504; cf.aussi J. CARBONNIER, Droit civil, op.cit., n°7 : "Quasi intuitive à l'origine et colorée de magie, l'interprétation n'est devenue que peu à peu ce qu'elle est aujourd'hui, essentiellement logique, une méthode de déductions à partir de principes".

(62) M. WEBER, On law in economy and society, trad. par E. SHILS et M. RHEINSTEIN, Harvard, 1969, pp.351 et sv.; cf. aussi J.FREUND "La rationalisation du droit selon M. Weber" in A.P.D., 1978, p.89; A.J. ARNAUD "Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique" in L'interprétation dans le droit, op.cit., p.170.

une caste de juristes professionnels au pouvoir d'innovation limité. C'est le modèle que M. Arnaud qualifie de "système du faux-col" (63).

Le troisième modèle n'a pas été analysé par M. Weber pour la bonne raison qu'il n'existe encore que virtuellement. Ce modèle d'administration de la justice serait de type scientifique : la loi s'apparente à une planification, le juge est un technicien, un "ingénieur social", la procédure se rapproche plus de l'enquête et l'expertise que du débat contradictoire. Le système de référence n'est plus un texte formé de principes stables et a priori mais un faisceau de critères scientifiques en évolution constante permettant une individualisation extrême des solutions. C'est le modèle que M. Arnaud qualifie de "système de la blouse" (64).

De cette typologie se dégage une double limitation de la validité de notre propos. Il apparaît d'abord que le modèle dégagé est entièrement tributaire de la séquence que nous avons qualifiée de "logique". Il faut reconnaître ensuite que si on accorde qu'aucun des trois modèles susmentionnés ne se retrouve à l'état pur dans un système juridique donné, notre propre schéma ne rendra qu'imparfaitement compte, même pour notre séquence historique donnée, des traits qui relèvent des deux autres modèles. Ainsi donc, même si l'on admet que l'administration contemporaine de la justice dans nos pays occidentaux relèvent pour l'essentiel du type "logique", il ne faut pas négliger pour autant les indices qui s'y manifestent de formes de survivance de justice du "Cadi" (toutes formes d'appréciation souveraine du juge du fond) (65) et d'anticipations de justice "scientifique". C'est surtout ce dernier phénomène qui risque bien de consacrer, à plus ou moins brève échéance, le déclin de l'image

(63) A.J. ARNAUD, ibidem, p.171.

(64) A.J. ARNAUD, ibidem; M.G.J. WIARDA (Drie typen van rechtsvind- ding, Zwolle, 1972) élabore lui aussi une classification ternaire des modèles d'interprétation; il s'inspire pour ce faire de celle proposée par Montesquieu qui distinguait l'état des- potique (la Turquie) où l'interprète était à lui-même sa propre loi, la monarchie où il y a une loi que le juge suit lorsqu'elle est précise et dont il cherche l'esprit lorsqu'elle ne l'est pas et la république où les juges suivent la lettre de la loi sans pouvoir en modérer la force et la rigueur.

(65) Ainsi, surtout dans le contentieux pénal, s'exerce sans nul doute une forme de justice charismatique ou paternaliste. Peut-on dire pour autant que celle-ci ne traduit pas, à sa manière, un code axiologique repérable aussi dans des formes de motivation plus élaborées ?

du législateur rationnel à mesure que la loi se mue en règlement et le juge en expert (66). Déclin de la juridicité dont il nous est déjà présentement fourni les premiers signes, au droit succédant d'autres modes de contrôle social plus efficaces, plus individualisés, plus contraignants. D'autres mythologies se mettent alors en place, infiniment plus difficiles à questionner que celles du bien commun, de la volonté générale et du législateur rationnel mises à l'honneur par les révolutionnaires français de 1789.

Mais laissons là ces anticipations; pour l'heure nous sommes encore les héritiers du dispositif libéral établi en 1789, au centre duquel fonctionne l'image du législateur rationnel. C'est elle qu'il nous faut maintenant étudier plus en détail.

(66) R. LEGROS, "Considérations sur les motifs", loc.cit., p.21 dénonce le "recours de plus en plus fréquent à la procédure du référé préjudiciel, aux instances mieux informées, aux juges spécialisés, aux experts"; cf. aussi, à propos de la seule loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, cette appréciation de F. FLOX (Les Nouvelles. Protection de la jeunesse, Bruxelles, 1978, p.6) : "le législateur n'a pas voulu cliquer des institutions qui risquent d'être dépassées dans une matière qui relève -dans sa pratique- de l'évolution de la société, ni stratifier des moyens de thérapeutique médicale, psychologique ou sociale que la science moderne rénove presque au jour le jour". Il n'est pas douteux que les représentants de la théorie fonctionnaliste de l'interprétation (MM. Esser, Ter Heide...) ont tenté de viser ce phénomène; leur approche manque cependant son objet tant qu'elle s'opère en termes d'humanisation ou de démocratisation de l'oeuvre de justice. Les changements en cours sont trop importants pour ne pas être pensés en termes de rupture.

Chapitre IV : Spécifications du modèle théorique retenu : les différents aspects du postulat de rationalité du législateur.

Introduction.

Nous savons déjà que l'interprétation d'une norme quelconque s'opère en considération d'un triple contexte : linguistique, systémique et fonctionnel. Nous savons par ailleurs que le postulat du législateur rationnel oriente et spécifie la prise en compte par le juge de ces trois ordres de données (1). Nous pouvons dès lors en conclure que les différents attributs qui sont prêtés à la personne fictive du législateur rationnel ou idéal se distribuent selon ce triple registre.

On supposera d'abord que le législateur présente un comportement linguistique rationnel (rationalité linguistique). On admettra

- (1) Trois auteurs ont tenté une étude des attributs du législateur rationnel; dans la suite, nous nous inspirons partiellement de leurs travaux. Il s'agit de N. BOBBIO ("Le bon législateur" in Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de philosophie sociale, publiés par H. HUBIEN, Bruxelles, 1971, pp.243-249) L. NOWAK, ("De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique" in Logique et Analyse, mars 1969, pp. 65-86) et Z. ZIEMBINSKI ("La notion de rationalité du législateur" in Formes de rationalité en droit, A.P.D., 1978, pp.175-187). Il est très significatif de noter qu'un auteur comme M.P. DELNOY, étudiant les exigences d'une bonne légistique ("Pour une nouvelle génération de légistes" in J.T., 1979, pp.653-655), en arrive à esquisser le profil souhaité d'un législateur idéal qui n'est pas sans rapport avec celui que nous dégageons au terme de l'étude de la pratique interprétative des tribunaux. Ainsi, remarquant que "l'instrument principal d'élaboration de la règle est la langue écrite" (contexte linguistique), l'auteur dégage cette directive : "le légiste doit principalement se former à rédiger des textes dont les qualités maîtresses sont la clarté, la concision, la simplicité, la précision" ; remarquant que "la loi en élaboration viendra s'insérer dans un ensemble d'autres institutions" (contexte systémique), l'auteur dégage la directive selon laquelle "le légiste ne doit pas innover sans raison. Il doit dès lors connaître les institutions sur lesquelles le nouveau texte aura des incidences, leur philosophie et les concepts essentiels qu'elles utilisent, afin de greffer la nouvelle règle sur l'ancien tronc d'une manière aussi harmonieuse que possible"; enfin, remarquant que "la loi viendra s'insérer dans un ordre juridique dont les piliers sont établis" (contexte fonctionnel), l'auteur retient la directive selon laquelle "le légiste doit (en général) élaborer une règle qui respecte les principes du système économique, politique et social".

donc qu'en établissant une loi, le législateur a formulé ses prescriptions d'une façon précise et univoque dans la langue nationale, tout en respectant également les usages et conventions du langage juridique. De ce postulat se dégageront, entre autres, les règles d'interprétation selon lesquelles les mêmes mots présentent, dans une législation donnée, toujours le même sens tandis que l'usage de mots voisins mais différents, dans cette même législation, implique que des hypothèses différentes ont été visées. On en dégagera aussi l'idée que l'intitulé d'une loi ainsi que l'ordre d'exposition des matières sont susceptibles d'éclairer le sens d'une norme douteuse (argument "a rubrica"). Par ailleurs on peut également rattacher à cette hypothèse, quoique de manière indirecte, les règles d'interprétation qui autorisent le renvoi aux documents parlementaires, l'idée étant qu'à défaut de s'être exprimé clairement dans la rédaction de la loi elle-même, le législateur a pu, à l'occasion de textes préliminaires ou de déclarations orales, traduire plus explicitement sa pensée.

On supposera ensuite que le législateur élabore le système juridique de façon rationnelle (rationalité praxéologique). On admettra qu'il n'a pu prendre deux dispositions imposant aux mêmes personnes dans les mêmes circonstances des comportements antinomiques et cela que l'antinomie soit présente, *prima facie*, dans la rédaction des deux normes elles-mêmes ou seulement, de manière secondaire et accidentelle, dans leurs effets dérivés. On admettra aussi, ce qui n'est qu'un cas particulier de l'hypothèse précédente, que le législateur respecte la norme constitutionnelle. On postulera que chaque mot, chaque proposition et chaque article introduits par le législateur dans une réglementation donnée présente un sens utile et spécifique qui n'est en aucune manière redondant avec une autre disposition. On supposera encore que le législateur adapte toujours au mieux les moyens qu'il met en oeuvre aux fins qu'il poursuit; de même, on admettra que si une règle non expressément formulée dans le système est la condition de réalisation des objectifs poursuivis par une règle de ce système, cette norme non écrite n'en constitue pas moins,

en définitive, une norme en vigueur dans le système donné. Dans cette ligne d'idées, on admettra enfin que le législateur a construit un système de normes suffisamment complet pour permettre la qualification de tout comportement humain en permis, ordonné, défendu ou indifférent du point de vue de ce système. De ce faisceau de postulats se dégagent, entre autres, la règle d'interprétation qui interdit qu'on reconstruise le sens d'une norme donnée en manière telle qu'elle entre en contradiction avec une autre norme du système ou encore la règle qui interdit l'interprétation qui rendrait inutiles certains mots, propositions ou articles introduits par le législateur.

Par ailleurs, on admettra que lorsqu'il édicte une législation donnée, le législateur est à la fois un observateur averti de la réalité sociale sous toutes ses formes (rationalité épistémologique) et un agent parfaitement déterminé quant aux finalités qu'il poursuit (rationalité axiologique). Pour la clarté de l'exposé nous distinguerons ces deux aspects qui réfèrent chacun au contexte fonctionnel déterminant le sens des normes juridiques. On supposera donc, d'une part, que le législateur ne heurte pas la nature des choses, ni l'esprit des institutions : les normes qu'il édicte, loin de les ignorer ou de les violer, en tiennent compte et s'en inspirent; on supposera, d'autre part, que les évaluations proposées par le législateur s'harmonisent en un système cohérent de préférences et notamment qu'elles respectent la règle de justice selon laquelle on applique un traitement identique à ceux qui sont essentiellement semblables et un traitement différent à ceux qui ne le sont pas.

Si on regroupe ces différents postulats, on constatera que la rationalité du législateur est à la fois linguistique (section 1), praxéologique (section 2), épistémologique (section 3) et axiologique (section 4). On peut évidemment se demander si une hiérarchie préside à la mise en oeuvre de ces critères. Quoique la question soit fort délicate, nos réflexions précédentes nous conduiront à dire que, généralement, la rationalité linguistique du législateur sera sacrifiée à sa rationalité praxéologique, épistémologique et

axiologique (2).

Il n'est donc pas absurde de soutenir que le législateur n'a pas correctement exprimé sa pensée dans le texte de la loi, qu'il n'a pas disposé les matières traitées selon un ordre logique et qu'il ne se dégage aucun enseignement utile des travaux préparatoires pour autant que soit sauvegardée la cohérence systémique du propos, confortée la nature des choses et respectée la règle de justice. Les arguments tirés du comportement linguistique correct du législateur sont plus faibles que ceux qui se basent sur les autres formes de rationalité. Si ces premiers arguments sont confirmés par les juges, ils seront présentés comme forts et décisifs; en revanche, s'ils sont infirmés par les autres tests de rationalité, ils seront dévalorisés ou sacrifiés. Ou encore : la présomption de rationalité linguistique du législateur n'est qu'une présomption simple ou conditionnelle tandis que les présomptions tirées des autres formes de rationalité sont absolues ou irréfragables (3).

On remarquera, par ailleurs, que ces arguments peuvent être tantôt invoqués de manière positive, sous forme d'argument d'autorité, tantôt de manière négative, sous forme d'argument par l'absurde. Cette dernière hypothèse est la plus fréquente.

L'argument par l'absurde, a-t-on dit, consiste à rejeter la thèse de l'adversaire en montrant qu'elle mène à des conséquences absurdes en cela qu'elle entre en conflit, sans justification, avec une opinion préalablement admise (4). Dans le cas qui nous occupe, la thèse préalablement admise par l'auditoire des juristes consiste précisément dans la rationalité du législateur; dès lors le juge défendra sans peine le point de vue qu'il préconise en qualifiant d'absurdes toutes les interprétations qui s'opposent à l'image du bon législateur.

(2) en ce sens, cf. N. BOBBIO, loc.cit., p.246; Z. ZIEMBINSKI, loc.cit. p.185, affirme que "la présomption de la rationalité axiologique du législateur est plus faible que la présomption de la rationalité praxéologique"; nous souscrivons à cette thèse à condition d'entendre par "rationalité axiologique" la prise en compte de besoins et valeurs extra-juridiques.

(3) en ce sens, cf. N. BOBBIO, loc.cit., p.243.

(4) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation, t.II, Paris, 1958, p.276.

Il faut faire remarquer enfin que dans certains cas -très rares, il est vrai- le juge abandonne explicitement le postulat de rationalité du législateur non sans s'incliner devant le prescrit de la loi. Il nous faudra étudier les raisons de cette exception à la pratique courante (section 5).

Section 1. Rationalité linguistique.

§ 1. Correction dans l'expression.

La première directive d'interprétation qui s'impose au juge est l'attention et le respect à porter au texte même de la loi (5). Cette directive repose sur la présomption que le législateur a réussi à dire ce qu'il avait l'intention de dire. Ainsi :

"on ne doit jamais supposer a priori que le Parlement a dit autre chose que ce qu'il voulait dire. Les lois écrites par le Parlement français doivent en principe être écrites en français". (6)

La prohibition classique "clara non sunt interpretanda" repose en fait sur ce primat du texte et de l'interprétation littérale. On sait que ce principe est défendu avec une particulière vigueur dans l'univers juridique anglo-saxon pour l'interprétation de la Statute Law. "Ita scriptum est is the first principle of interpretation" écrit J. Salmond (7).

(5) cf. F. LAURENT, op.cit., p.344 : "Dire que la pensée du législateur est autre que celle qui est écrite dans un texte clair et formel, c'est accuser le législateur d'une légèreté qu'on n'est pas en droit de lui imputer; c'est dire en effet qu'il s'est servi d'expressions qui ne rendent pas sa pensée. Cela peut-il se supposer dans une matière aussi grave que celle de la confection des lois?"

(6) Conclusions CORNEILLE, C.E. français, 18 mars 1921, cité par L. PATRAS, L'interprétation en droit public interne, Athènes, 1962, p.323.

(7) J. SALMOND, On Jurisprudence, 12è éd., by P.J. FITZGERALD, London, 1966, p.134; du même auteur (p.133) : "the courts must in general take it for absolutely for granted that the legislative has said what it meant, and meant what it has said".

Ce principe s'explique sans doute, comme le rappelle M. Rigaux (7 bis), par le fait que les règles de droit écrit ont, dans les pays de Common Law, un caractère exceptionnel ou complémentaire. Dans la mesure, en effet, où le fond de référence reste la Common Law soumise à un permanent ajustement jurisprudentiel, la loi écrite ne demande pas à être interprétée au-delà de son prescrit littéral.

Remarquons, cependant -sans prétendre pour autant épuiser la problématique de l'interprétation dans les pays de Common Law-, que les auteurs anglo-saxons admettent que l'interprétation littérale doit faire place à d'autres méthodes lorsque l'exégèse conduit à une solution juridique ambiguë, contradictoire, défectueuse, ou "à une telle absurdité qu'il est évident que le législateur n'a pu avoir pensé ce qu'il a dit" (8). Dans ces cas s'impose la règle d'or de l'interprétation ("The golden rule of interpretation") qui veut que le juge se départisse d'une interprétation littérale et recherche la ratio legis de la règle, notamment en la rendant conforme aux principes de la Common Law, le législateur n'ayant pu se révéler en contradiction avec lui-même (9).

Il n'est donc pas absurde de soutenir que le législateur a employé un mot pour un autre ou qu'il a mal construit sa proposition (10) pour autant que la mise en oeuvre des autres critères d'une bonne interprétation permette de restaurer l'

(7 bis) F. RIGAUD, "La loi condamnée...", loc. cit., p.520.

(8) J. SALMOND, op. cit., pp.135-137.

(9) J. SALMOND, op. cit., p.138; cet auteur fait remarquer, à juste titre, que la présomption de conformité d'une loi nouvelle à la Common Law peut être utilisée -et l'a été- dans un dessein conservateur en vue d'émousser les réformes contenues dans une réglementation récente. Sur la "golden rule", cf. aussi R.W.M. DIAS, op. cit., pp.134 et sv. (avec de nombreux exemples jurisprudentiels) et C.ALLEN, Law in the making, 7^e éd., Oxford, 1968, p.498.

(10) Le conseiller M. CORNIL écrivait déjà en 1890 : "est-il si extraordinaire de rencontrer dans la loi des mots, des phrases, des propositions inutiles ou même erronées ? Le législateur est un homme, il n'est point parfait." (cité dans les conclusions de M. le Procureur Général P. LECLERCQ, avant Cass., 26 janvier 1928, Pas., 1928, I, 65).

image du législateur rationnel. Comme disait Pascal, à propos de la théologie : "quand la parole de Dieu, qui est véritable, est fautive littéralement, elle est vraie spirituellement" (11), ainsi en va-t-il aussi, dans nos systèmes juridiques, de la parole du législateur.

§ 2. Rigueur dans l'ordonnancement des textes et dans la rédaction des intitulés de lois.

Cette directive -présente dans la tradition juridique sous la forme des arguments "a rubrica" et "sedes materiae"- conduit à modaliser le sens de la loi en fonction de l'intention qu'exprime l'intitulé de la réglementation et de l'économie générale qui se dégage de l'ordonnancement de ses textes. S'il est vrai que les intitulés de lois, ne faisant qu'exceptionnellement l'objet d'un vote par les Chambres, ne peuvent constituer qu'une indication et non une règle de droit impérative, on ne peut cependant nier l'influence qu'ils exercent sur l'interprète (12). Certains auteurs encouragent même les juges à s'y conformer (13). Si cet argument ne confère pas la démonstration indubitable de la pertinence de la thèse défendue, il en constitue le plus souvent une raison suffisante. La présomption simple est que le législateur dispose logiquement les matières traitées et qu'il traduit correctement ses intentions dans les intitulés de lois et les divisions de l'exposé.

§ 3. Pertinence des déclarations du législateur antérieures au vote de la loi.

Lorsque le juge est confronté à l'ambiguïté ou à l'insuffisance du texte, il sera tenté de poursuivre la véritable intention

(11) B. PASCAL, Pensées, Bibl. de la Pleïade, p.1003.

(12) cf. Cass., 28 janvier 1967, Pas., 1967, I, 650 : "Attendu que les intitulés des lois et arrêtés ne contiennent que des indications générales n'ayant pas le caractère de dispositions normatives..."

(13) Ainsi J. RAY, op.cit., p.210 : "Il nous semble que, sauf d'impérieuses raisons, il faut suivre l'indication des rubriques. Car si elles n'énoncent pas à proprement parler des décisions, elles en impliquent et, après tout, elles font partie du texte de la loi".

du législateur telle qu'elle peut s'être manifestée à l'occasion des débats et dans les documents qui ont précédé le vote de la loi définitive. En somme si le terrain d'analyse se déplace (du texte de la loi aux textes antérieurs à la loi), l'objet de recherches reste identique : la volonté du législateur clairement exprimée par lui-même. Aussi le recours aux documents parlementaires est-il généralement recommandé à l'interprète confronté à une difficulté, la directive s'accompagnant parfois d'une réelle valorisation du législateur :

"nos parlementaires les plus méritants et les plus expérimentés seraient profondément étonnés si l'on devait considérer que leurs rapports et exposés des motifs, souvent remarquables, n'explicitent pas les lois de manière très utile". (14)

Mais la lecture des travaux préparatoires ne confirme pas toujours cette image idéale du législateur; l'interprète ne saurait alors y trouver la source d'une interprétation adéquate. Ainsi :

"La demanderesse se réclame des travaux préparatoires qui sont, reconnaissons-le, comme souvent dans la matière des impôts, assez confus". (15)

Il faut bien reconnaître en effet que, de toutes les directives inspirées par le postulat de rationalité du législateur, celle qui conseille le recours aux travaux préparatoires est la plus ouvertement contestée, sans doute parce que l'examen de la genèse de la loi constitue le test critique le plus révélateur, la confrontation la plus démystifiante entre l'image idéale et l'image réelle

(14) F. DUMON, loc.cit., p.546; F. DELPEREE, "La Constitution et son interprétation" in L'interprétation en droit, op.cit., p.201 "la fidélité au texte (...) comprend, cela va de soi, la fidélité à l'esprit du texte. L'utilisation des travaux préparatoires du texte constitutionnel peut présenter à cet égard quelque utilité".

(15) Concl. W. GANSHOF van der MEERSCH avant Cass., 21 décembre 1953 Pas., 1954, I, 327.

du législateur (16). Notons cependant que les critiques émises à l'encontre de ces documents visent moins le principe même d'une quête de la formulation exacte de la pensée du législateur que les manifestations irrationnelles de celle-ci.

Ce qui est rejeté ce sont les déclarations personnelles, parfois confuses, voire contradictoires, de parlementaires qui ne peuvent être assimilées à la volonté du législateur; en revanche, on recommande l'attention aux idées non contradictoires émises par ceux qui jouent un rôle décisif dans le processus d'élaboration de la loi(17). On voit donc que même l'analyse des travaux préparatoires est soumise à un travail de reconstruction en fonction de l'image du législateur idéal (18).

Section 2. Rationalité praxéologique.

§ 1. Non-contradiction.

Le législateur ne peut se contredire : ce postulat entraîne la directive essentielle d'interprétation selon laquelle on ne peut jamais reconstruire le sens d'une norme de telle sorte qu'elle s'oppose à une autre norme. Comme le rappelait encore récemment le Procureur Général F. Dumon :

(16) cf. par exemple, H. CAPITANT, "L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires" in Dalloz, 1935, pp.77-80; J.M. MARX, "A propos de la valeur des travaux préparatoires dans l'interprétation des lois" in La Belgique judiciaire, 1927, col. 257-263; P. PESCATORE, op.cit., p.332.

(17) en ce sens cf. P. GERARD, "Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur" in L'interprétation en droit, op.cit., p.83. Pour une réhabilitation de la valeur explicative des travaux préparatoires, cf. M. COUDERC, "Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers" in Dalloz-Sirey, 1975, Chron.XL, p.249 et sv.

(18) N'est-ce pas à un tel "aménagement" des travaux préparatoires que convie cette directive proposée par CORNEILLE : "Ainsi l'étude des travaux préparatoires doit-elle tendre à renforcer l'interprétation littérale comme l'interprétation raisonnée et non point tendre à les contrecarrer nettement". Conclusions, C.E. français, 18 mars 1921, cité par L. PATRAS, op.cit., p.324.

"Toutes les règles de droit, lois et autres, ont un but, un champ d'application. Elles sont extrêmement nombreuses. Les unes n'ont pas pour objet de contrecarrer ou d'énerver l'application des autres. Leur harmonie et leur coexistence en sont confiées à la vigilance des magistrats". (19)

Ce postulat, qui forme la matière de l'interprétation "fondatrice", trouve à se réaliser par les techniques de l'interprétation "effective" : celles-ci consistent tantôt à concilier les lois en présence (20), tantôt à écarter l'application d'une des normes en contradiction grâce à la mise en oeuvre d'une "règle de collision". L'articulation de ces différentes étapes du raisonnement a été particulièrement bien mise en lumière par le Procureur Général Faider concluant dans une délicate affaire qui opposait le code pénal ordinaire au code pénal militaire :

"...cette sorte de fluctuation aurait quelque chose d'absurde : or vitanda est interpretatio quae absurdos redderet legislatores... Donc le devoir du juge, qui doit concilier les lois contradictoires, qui doit appliquer les principes de dérogation lorsqu'il ne peut concilier ces lois, ce devoir est d'appliquer la loi spéciale..." (21)

Lorsque donc la tentative de conciliation des normes en présence se sera soldée par un échec, reste au juge une seule possibilité de restaurer la cohérence de l'ordre juridique : faire application d'un

(19) F. DUMON, loc.cit., p.548.

(20) cf. Civ. Huy, 17 novembre 1948, Pas., 1949, III, 67 : "attendu qu'il est d'élémentaire bon sens que lorsque deux dispositions légales paraissent contradictoires, il faut les interpréter dans le sens où elles présentent le moins d'antinomies et en tout cas de manière telle que l'application de l'une n'entraîne point une violation flagrante de l'autre; il semble d'ailleurs qu'on ne fasse que concilier deux décisions apparemment contradictoires en déclarant que..."

(21) Concl. FAIDER avant Cass., 8 juin 1882, I, 235; cf. l'analyse de cet arrêt par P. FORIERS "Les antinomies en droit", loc.cit. pp.27-29.

des trois règles de collision" proposées par la dogmatique juridique (22) :

- la norme supérieure l'emporte sur la norme inférieure
- la loi postérieure l'emporte sur la loi antérieure
- la loi particulière l'emporte sur la loi générale

règles qui aboutissent toutes trois à écarter une des normes en présence.

Il paraît assez évident que ces trois sous-directives postulent chacune la rationalité du législateur.

Si la norme supérieure l'emporte sur la norme inférieure c'est que l'auteur de la norme supérieure est censé plus rationnel que l'auteur de la norme inférieure : ainsi le Constituant est présumé plus rationnel que le Conseil communal...

Si la norme postérieure l'emporte sur la norme antérieure (dans ce cas le juge déclare que la loi nouvelle "abroge implicitement" la loi ancienne) c'est que le législateur rationnel qui a une connaissance de toutes les normes en vigueur, n'a pas pu ignorer la loi ancienne et que donc, en légiférant à nouveau, il a implicitement abrogé la loi ancienne.

Si la loi spéciale déroge à la loi générale, c'est que le législateur, en réglant un point particulier, tout en ayant connaissance de la règle générale qui prévaut par ailleurs, a voulu faire oeuvre utile en réservant un traitement différencié à cette hypothèse spécifique. Affirmer le contraire conduirait à la conséquence que le législateur a pris une loi inutile.

Notons cependant que la question de savoir s'il faut concilier les normes en présence ou plutôt écarter une d'entre elles pourra être sujette à discussion. Dans ce cas il sera nécessaire de trancher et d'argumenter en invoquant explicitement le postulat de rationalité du législateur. C'est d'un pareil débat que connût le

(22) sur celles-ci, cf. N. BOBBIO, "Des critères pour résoudre les antinomies" in Les antinomies en droit, op.cit., pp.237 et sv.

tribunal correctionnel de Bruxelles (23). Il s'agissait de déterminer quelle était l'autorité compétente pour fixer le prix des spécialités pharmaceutiques. Le Ministre des affaires économiques tira sa compétence de l'arrêté-loi du 22 janvier 1945 qui couvre l'ensemble des produits mis sur le marché belge, tandis que les prévenus invoquaient la compétence exclusive du Roi en vertu d'une loi intervenue le 14 février 1961. Les prévenus soulignaient que le texte et les travaux préparatoires de cette loi étaient formels et que, devant l'intention bien arrêtée du législateur de prendre des dispositions nouvelles, il fallait faire application de la règle "specialia generalibus derogant".

Quant au ministère public, il s'attachait à rejeter l'antinomie invoquée en proposant une interprétation conciliatrice : les pouvoirs réglementaires du Roi et ceux du Ministre devant "se compléter". Le tribunal donna raison aux prévenus en relevant que la loi du 14 février 1961 était à la fois postérieure à l'arrêté-loi du 22 janvier 1945 et visait une matière plus spéciale. Le tribunal éprouva néanmoins la nécessité de renforcer ce raisonnement en invoquant la rationalité du législateur sous diverses formes. Il convient d'abord de remarquer que le législateur ne peut faire qu'une oeuvre cohérente :

"attendu que cette dualité invoquée par le ministère public est inconciliable avec (...) la sagesse que l'on doit attribuer à nos dirigeants; qu'en effet, il deviendrait impossible de départager la valeur d'une mesure prise par un arrêté royal et celle d'une autre mesure prise par un arrêté ministériel à propos du prix d'un même produit".

Le législateur, de surcroît, doit être présumé avoir adapté les moyens employés aux fins poursuivies :

"attendu qu'il ne faut pas perdre de vue non plus que la loi du 14 février 1961 a prévu, expressis verbis, des

(23) Cass. Bruxelles, 25 avril 1973, J.T., 1973, p.538 et Observations P. DE VROEDE; sur l'ensemble de la question (et notamment l'A.R. du 28 février 1974 et la loi du 9 juillet 1975 statuant suite à cette jurisprudence), cf. J.M. FAVRESSE, Réglementation des prix et réglementation économique, Bruxelles, 1977, pp.395 et s

sanctions pénales nouvelles et différentes de celles prévues par la réglementation générale en vigueur jusqu'alors".

Enfin, on ne peut supposer que le législateur porte atteinte à la sécurité juridique :

"qu'il est raisonnable d'affirmer que l'hypothèse d'un double régime de réglementation -qui entraînerait l'application de peines différentes- est inconciliable avec la rigoureuse et constante nécessité de l'existence d'une seule sanction pénale clairement déterminée et connue comme applicable à tous les justiciables".

Cette thèse de "la sagesse de nos dirigeants" allait être encore opposée, quelques mois plus tard, devant le Conseil d'Etat, aux représentants de l'Administration (24).

Parfois c'est le recours simultané à deux ou trois des "règles de collision" évoquées ci-dessus qui provoque un conflit délicat. C'est à nouveau dans l'invocation explicite du postulat de rationalité du législateur que le juge trouvera une justification satisfaisante à l'interprétation qu'il opère. Nous empruntons notre exemple à un arrêt de la Cour de cassation (25) qui dût opérer un partage de compétence entre le Conseil d'Etat et les tribunaux de l'ordre judiciaire à propos d'une requête en annulation d'une décision administrative qui portait sur un droit civil d'un citoyen (octroi d'une pension).

L'article 9 de la loi du 23 décembre 1946 instituant le Conseil d'Etat est tout à fait général en ce qu'il confère à cette juridiction compétence d'annulation pour cause d'excès de pouvoir, des actes et règlements des diverses autorités administratives. En dépit de la

(24) C.E., 3 juillet 1973, arrêt n°15954, J.T., 1973, p.537. Cet arrêt confirme le jugement du tribunal de Bruxelles en cela qu'il annule un Arrêté Ministériel du 19 avril 1971 réglementant le prix des spécialités pharmaceutiques.

(25) Cass., (Chambres réunies), 27 novembre 1952, Pas., 1953, I, 184 et conclusions L. CORNIL. Sur l'ensemble du problème, cf. C. CAMBIER, Droit administratif, Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, 1968, p.510; Les Nouvelles. Droit administratif. t.VI. Le Conseil d'Etat, Bruxelles, 1975, n°811 et 2203.

généralité des termes de cette loi, la Cour invoqua l'article 92 de la Constitution qui réserve en exclusivité aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire les actions portant sur des droits civils. Elle interpréta l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946 en un sens restrictif qui aboutissait à soustraire à la compétence du Conseil d'Etat les requêtes en annulation d'une décision administrative dont "l'objet véritable" tend à la reconnaissance d'un droit civil.

Or cette interprétation, si elle pouvait se réclamer du principe hiérarchique, se faisait par contre en contravention aux deux autres sous-directives étudiées : la loi de 1946 était en effet postérieure à la Constitution et plus spéciale qu'elle.

Bien conscient de ce conflit, encore aggravé par la généralité des termes de l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946, le procureur général Cornil argumenta longuement en référence à la volonté du législateur :

"Les auteurs de la loi du 23 décembre 1946 ont, plus d'une fois, marqué la volonté de conserver pleine portée à l'article 92 de la Constitution".

Dès lors la thèse du Conseil d'Etat (qui à plus d'une reprise, se déclara compétent dans les matières querellées) présuppose une incohérence du législateur, ce qui "aboutit aux résultats les plus défavorables". Suivent alors de larges développements laissant présager les inextricables contradictions qui se feraient jour dans l'ordre juridique si devait prévaloir la jurisprudence du Conseil d'Etat(26)

(26) Ces raisonnements, énoncés sous la forme de l'argument par l'absurde, sont très révélateurs de la présence de considérations pragmatiques dans l'interprétation de la loi. Ici le juge a réellement tenu compte des conséquences possibles des diverses interprétations en cause. On remarquera néanmoins que les conséquences envisagées ont trait exclusivement à la cohérence du système. L'hypothèse envisagée par le Procureur général est en effet la suivante : fort de son arrêt d'annulation obtenu devant le Conseil d'Etat, le citoyen ira vraisemblablement faire reconnaître son droit civil devant une juridiction civile. Dans ce cas, ou bien le tribunal se rangera à l'arrêt du Conseil d'Etat et "la violation de l'article 92 deviendrait plus flagrante encore", ou bien le tribunal ne se considérera pas comme lié par cet arrêt et surgira une contradiction entre ces deux décisions, ce qui conférerait un caractère "ésotérique" à nos institutions...

Au vu d'arguments aussi forts, la Cour n'hésita pas à consacrer la thèse que lui proposait son Procureur Général.

Cette décision est d'autant plus intéressante qu'elle réalise indirectement, mais de manière fort efficace, un contrôle de constitutionnalité de la loi du 23 décembre 1946 alors qu'en principe ce contrôle est interdit en Belgique.

§ 2. Respect de la Constitution.

En principe, l'affirmation de la conformité de la loi à la Constitution, comme manifestation de la rationalité praxéologique du législateur, ne devrait poser aucun problème spécifique. Il ne s'agit, en somme, que d'un cas particulier du postulat déjà étudié selon lequel le législateur (compris toujours au sens large de juriste) ne se contredit pas. Ainsi lorsqu'une contradiction survient entre une norme inférieure et une norme supérieure, le recours au principe hiérarchique doit suffire à résoudre la difficulté. C'est notamment le système mis en place par l'article 107 de la Constitution en ce qui concerne la légalité des arrêtés et règlements. Or, et c'est cela qui pose problème, notre système de droit public rejette parfois cette technique. Dans certains cas, l'affirmation d'une contradiction, même provisoire, entre une loi ordinaire et une norme supérieure n'est pas jugée recevable et, dès lors, l'application du principe hiérarchique est rejetée.

Pendant de longues années il en a été ainsi en ce qui concerne la contradiction entre une loi interne en vigueur et un traité ratifié par la Belgique (27). Cette position est aujourd'hui renversée depuis le célèbre arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971 pris sur les conclusions du Procureur Général Ganshof van der Meersch (28).

Il est cependant un second domaine d'où est banni le principe hiérarchique : il s'agit des rapports entre la Constitution et la loi. La thèse prévaut en effet en Belgique selon laquelle le pouvoir judiciaire est incompétent pour apprécier la constitutionnalité

(27) cf. notamment Cass., 26 novembre 1925, Pas., 1926, I, 46.

(28) Cass., 27 mai 1971, Pas., 1971, I, 880.

de la loi. Cette thèse, constamment affirmée par la jurisprudence (29), s'appuie tantôt sur le principe de la séparation des pouvoirs, tantôt sur une interprétation à contrario de l'article 107 de la Constitution. Elle repose en fait sur la présomption de constitutionnalité de la loi (30).

L'étude de la nature et des effets de cette présomption nous retiendra quelque peu car elle nous offre une des rares occasions d'analyse d'une prise de conscience explicite et d'une discussion critique par la doctrine juridique d'un des aspects du postulat de rationalité du législateur. L'analyse est d'autant plus intéressante que le contexte politique actuel conduit à une mise en question très profonde des formes de l'Etat, ce qui ne va pas sans une certaine dévalorisation de l'oeuvre du pouvoir législatif en général. La prolifération des instances dotées du pouvoir législatif (Chambre et Sénat, Conseils culturels aujourd'hui, assemblées régionales demain?) liée à l'inévitable politisation de la fonction, surtout en période de crise de régime, suscite l'inquiétude des publicistes : "l'ordonnancement juridique, écrit M. Vanwelkenhuyzen, ne répond plus à un impératif d'élémentaire logique : le principe de non-contradiction, "en effet" de normes contradictoires coexistent, la loi l'emporte sur la Constitution" (31). Un courant doctrinal assez net - qui n'est d'ailleurs pas resté sans écho auprès du Parquet général à la Cour de cassation - se manifeste en vue de l'organisation d'un contrôle juridictionnel de

(29) cf. par exemple, Bruxelles, 7 juillet 1928, Pas., 1928, II, 206 et conclusions R. HAYOIT de TERMICOURT; pour une étude de cette jurisprudence, cf. P.E. TROUSSE, Actualité du contrôle juridictionnel des lois, Travaux des 6èmes journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, 1973, pp.214 et sv.

(30) cf. W. GANSHOF van der MEERSCH, "Réflexions sur la révision de la Constitution" in J.T., 1972, p.489 : "l'abstention de contrôler la conformité de la loi à la Constitution a toujours été fondée et justifiée par la présomption de conformité de la loi à la Constitution".

(31) A. VANWELKENHUYZEN, "L'attribution des pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois" in J.T., 1974, p.582.

la constitutionnalité des lois (32). Thèse qui entraîne à son tour la prise de conscience du caractère fictif de certains piliers sur lesquels on fait traditionnellement reposer la suprématie -et la rationalité- du législateur : ainsi M. De Visscher a pu écrire que "le grief adressé à un contrôle juridictionnel au nom du principe démocratique de représentativité du pouvoir" devrait être placé "au rang des mythes" (33).

C'est dans ce contexte que s'opère la discussion de la présomption de conformité de la loi à la Constitution. Généralement la présomption de conformité de la loi à la Constitution est considérée comme irréfragable (34). M. le Procureur Général Cornil a pu écrire en ce sens :

"comme le législateur ne peut faire que des lois conformes à la Constitution, comme le législateur est présumé fidèle à son serment d'observer la Constitution, les lois sont présumées conformes à la Constitution et le pouvoir judiciaire est impuissant à renverser cette présomption" (35).

La tendance contemporaine, liée au courant doctrinal favorable au contrôle de la constitutionnalité des lois, tend plutôt à constituer la présomption comme présomption simple ou conditionnelle. M. le Procureur Général F. Dumon parle ainsi de la "présomption iuris tantum de conformité de la loi à la Constitution" :

(32) cf. notamment Actualité du contrôle juridictionnel des lois, op.cit.; L. MOUREAU "Remarques sur le contrôle de la Constitutionnalité des lois" in Administration publique, t.I, 1976, pp.16 et sv.; P. DE VISSCHER, "La sauvegarde de la suprématie de la Constitution" in Administration publique, t.II, 1977, pp. 93 et sv.

(33) P. DE VISSCHER, loc.cit., p.97.

(34) en ce sens, A. VANWELKENHUYZEN, "La présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge" in Les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles, 1974, p.269; F. DELPERÉE, "La conformité de la loi à la Constitution" note sous Cass., 20 nov. 1975, in R.C.J.B., 1977, p.465.

(35) Conclusions avant Cass., 20 avril 1950, Pas., 1950, I, p.562.

"une loi doit, sauf volonté contraire clairement exprimée, être supposée ne pas avoir dérogé à la Constitution et elle doit être interprétée en ce sens". (36)

M. Delpérée, commentant l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1975, remarque que la Cour admet "une présomption conditionnelle de conformité de la loi à la Constitution" (37), tandis que le professeur P. De Visscher parle d'une présomption rationnelle à condition que la loi en question ait fait l'objet d'un contrôle préventif de constitutionnalité (38).

Quant à M. Vanwelkenhuyzen, il défend une position originale que nous approuvons pleinement. Pour lui, il ne s'agit pas tant d'une présomption que d'un postulat; postulat dont l'utilité et la fonction sont de fournir un principe d'interprétation et de maintenir la cohérence de l'ordre juridique (39). L'usage du concept de présomption serait, selon l'éminent publiciste, un recours à la "magie des mots", en cela que le terme "présomption" (surtout la présomption irréfutable) évoque pour le juriste une sécurité juridique absolue et favorise le confort de l'esprit (40).

Jamais, nous semble-t-il, nous n'avons été aussi proches de l'enseignement de Kant à propos de l'idée régulatrice. M. Vanwelkenhuyzen redécouvre en effet cette vérité essentielle qu'une idée régulatrice -ici le postulat de constitutionnalité des lois- se mue en thèse dogmatique induisant la paresse de l'esprit (*ratio ignava*), dès qu'elle est traitée comme un donné et non plus comme le terme d'une enquête critique. Nous ajouterons quant à nous que l'enjeu du courant doctrinal moderne qui parle d'une présomption "conditionnelle" vise précisément à réaliser cette enquête critique et ne délivre à la loi son brevet de constitutionnalité qu'au terme d'un examen serré. Ce qui néanmoins n'est jamais interrogé, c'est le contenu même de l'idéal régulateur : la nécessaire cohérence de l'ordre juridique.

(36) Conclusions avant Cass., 8 juin 1967, in J.T., 1967, p.462.

(37) F. DELPEREE, loc.cit., p.467.

(38) P. DE VISSCHER, loc.cit., p.99.

(39) A. VANWELKENHUYZEN, "La présomption de constitutionnalité...", loc.cit., pp.277 et 275.

(40) A. VANWELKENHUYZEN, ibidem, pp.276-277.

Or c'est bien cet idéal (mis en oeuvre de manière dogmatique ou critique, peu importe) qui n'a cessé de dominer la problématique qui nous occupe. On peut dire qu'il fonctionne de manière dogmatique lorsqu'il sous-tend a priori la thèse d'incompétence du pouvoir judiciaire à exercer le contrôle de constitutionnalité demandé et qu'il fonctionne de manière critique lorsque, sans remettre en cause le bien fondé de la thèse d'incompétence, il entraîne néanmoins le juge à exercer un contrôle incident de cette conformité. Sous couvert d'une fin de non recevoir, s'exerce alors un réel pouvoir du juge qui n'hésitera pas, au nom de la cohérence d'ensemble du système juridique, à rendre la loi constitutionnelle. C'est encore le Procureur Général F. Dumon qui a le mieux exprimé cette directive d'interprétation :

"Il est un principe selon lequel le juge doit s'efforcer de donner à une disposition, normative spécialement, un sens et une portée qui la rendent légale, dans le sens large, c'est-à-dire compatible avec une règle de droit qui a la primauté sur elle (...). Si une loi paraît être contraire à une disposition constitutionnelle ou à un traité international, le juge supposera aussi que le législateur n'a pas entendu déroger à la norme supérieure". (41)

Nous avons déjà fait allusion à cette pratique lors de l'étude de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1952 relatif à la théorie de "l'objet véritable". C'est un arrêt de la même Cour du 20 avril 1950 (42) -le célèbre arrêt Waleffe- qui nous retiendra pour étudier plus en profondeur la technique de conformisation de la loi à la Constitution.

(41) F. DUMON, Conclusions avant Cass., 20 avril 1972, Pas., 1972, I, 769, note (1); cf. aussi C.E., 25 mars 1975, Arr.Cons. d'Etat, 1975, p.270 : "lorsque une règle de droit se prête à une double interprétation, l'une qui maintient cette règle dans les limites de la légalité et une autre qui la rend illégale, le principe qui veut qu'en matière d'interprétation d'un acte juridique il faut, dans la mesure du possible, l'assortir d'un effet réel, a pour corollaire qu'il importe de préférer l'interprétation qui rend la règle légale, c'est-à-dire lui assure une efficacité réelle dans les limites de la légalité".

(42) Cass., 20 avril 1950, Pas., 1950, I, 560 et conclusions L.CORNIL

Une loi de "pouvoirs spéciaux" du 17 mai 1933 attribuait "compétence au gouvernement de prendre certaines mesures en vue du redressement financier et de la réalisation de l'équilibre budgétaire". En exécution de cette loi intervint un Arrêté royal du 31 mai 1933 portant réduction des pensions à charge de l'Etat.

Application avait été faite de cet arrêté à la pension d'un magistrat qui assigna l'Etat en invoquant l'article 100 de la Constitution qui garantit l'inamovibilité des magistrats. L'Etat aurait porté atteinte à ce principe en réduisant la situation financière d'un magistrat du fait de son accession à l'éméritat.

Cette thèse fut avalisée par la Cour suprême. Elle y avait été invitée par son procureur général qui remarquait :

"interpréter la loi de pouvoirs spéciaux comme ayant permis au Roi de prendre une mesure inconstitutionnelle serait commettre envers le législateur l'injure de présumer qu'il a été infidèle à son serment d'observer la Constitution".

Dès lors, la Cour donnera à la loi du 17 mai 1933, et cela en dépit de ses termes tout à fait généraux, le seul sens qu'elle estime être conforme au prescrit constitutionnel : la loi ne visait pas la diminution de la pension des magistrats et l'arrêté royal qui s'y appliquait dépassait les limites des pouvoirs que lui accordait la loi d'habilitation :

"il est certain cependant que ses auteurs (les auteurs de la loi du 17 mai 1933) n'ont pas entendu donner au gouvernement pouvoir de prendre des mesures qui violeraient la Constitution".

Cette manière de rendre constitutionnelle une disposition légale ne nous paraît pas une pratique isolée.

On trouve encore d'autres illustrations de cette pratique dans la jurisprudence. Ainsi l'arrêt du 20 novembre 1975 de la Cour de cassation (43) qui, s'il admet la présomption de constitutionna-

(43) Cass., 20 novembre 1975, Pas., 1976, I, 347, Concl. VELU.

lité de la loi, n'en exerce pas moins un examen approfondi de celle-ci (44). Même technique encore dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 17 septembre 1970 dont il sera question plus loin (45). On voit donc que là où le législateur déçoit l'attente et semble faire mentir la présomption de constitutionnalité dont jouit son oeuvre, le juge n'hésite pas à prendre le relais en vue de restaurer l'intégrité de l'objectif suprême : la cohérence de l'ordre juridique.

§ 3. Adaptation des moyens aux fins et non-redondance.

On a dit parfois que la loi devait s'interpréter avec "bon sens" (46) et "bonne volonté" (47). Ces directives conduisent le juge à présumer que le législateur, s'étant fixé un objectif, y adapte les moyens nécessaires; par ailleurs, il convient aussi, dans cette ligne d'idées, de donner à chaque article de loi effet "utile".

La rationalité technique qui est prêtée au législateur (la "Zweckrationalität de Max Weber, "l'activité rationnelle par rapport à une fin" de Habermas) implique la nécessité de construire le sens de la loi en fonction et en conformité avec l'objectif général qui est poursuivi. Deux exemples pour illustrer cette directive.

-
- (44) Il est à remarquer qu'un tel contrôle connaît cependant une triple limite. Il s'exerce a posteriori, limite ses effets à la cause débattue et ne peut conduire qu'à un résultat positif (conformisation de la loi à la constitution ou constat de conformité mais jamais constat de divergence).
- (45) Bruxelles, 17 septembre 1970, Pas., 1971, II, 38 : les juges ont le devoir de retenir "parmi deux ou plusieurs interprétations possibles de la loi, celle qui assure le mieux la protection des libertés constitutionnelles".
- (46) P. PESCATORE, op.cit., p.351 : "il faut comprendre la loi de la manière dont elle a été écrite, c'est-à-dire avec le même bon sens que nous prêtons au législateur".
- (47) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation, op.cit., p.106.

1) Un arrêté royal de 1935 faisait bénéficier les employés des parquets, nommés à un grade supérieur, d'une ancienneté fictive pour le calcul de leur traitement. Un employé ainsi promu soutenait que l'arrêté royal en question présentait un caractère rétroactif et lui donnait droit à la différence de traitement proméritee pour les années fictivement prestées dans le service. Pour débouter le fonctionnaire, la Cour (48) remarqua d'abord que sa thèse

"aboutirait à des conséquences à ce point excessives que l'on ne peut normalement pas attribuer à la volonté de l'auteur de l'arrêté de les avoir voulues".

Mais l'argument décisif réside plutôt dans la référence à la rationalité conforme au but :

"attendu qu'il doit d'autant plus en être décidé ainsi que l'arrêté litigieux a été pris en exécution des lois attribuant au Roi des pouvoirs en vue, entre autre, de "l'abaissement des charges publiques".

Dans les attendus qui suivent, la cour ajoute que lorsqu'un texte se prête à plusieurs interprétations comme c'est le cas en l'espèce, "le juge a le devoir de s'inspirer des exigences de l'équité" et que dès lors "il ne convient pas de donner à l'arrêté litigieux une portée extensive".

Cette terminologie ne doit pas nous abuser. Loin de s'inspirer de l'équité, c'est dans le postulat de rationalité technique du législateur que la Cour trouve le fondement de son interprétation.

2) Un gendarme tire dans les pneus d'une automobile à l'aide de laquelle un individu tente de se soustraire à son contrôle. Alors que le prévenu est poursuivi pour rébellion, son conseil plaide l'infraction dans le chef du policier qui aurait fait un usage intempestif de son arme. La Cour (49) écarte cette thèse au motif que :

(48) Bruxelles, 15 décembre 1965, Pas., 1966, II, 310.

(49) Bruxelles, 6 juin 1973, J.T., 1973, p.537.

"il ne se conçoit pas que la loi autorise les membres de la gendarmerie à s'assurer pour le temps nécessaire à la vérification de son identité de toute personne dont le comportement lui paraît suspect et qui circule sans document d'identité en lui refusant l'emploi de moyens raisonnables pour atteindre cette mission".

La "bonne volonté" dont fait preuve l'interprète de la loi conduit très souvent à rejeter l'hypothèse d'une redondance voire d'une inutilité qui se serait introduite dans la loi (50). La thèse est parfois soutenue en dépit des conséquences défavorables auxquelles elle aboutit. Nous pensons tout particulièrement à la jurisprudence relative à l'article 1734 du Code civil qui institue la responsabilité solidaire des colocataires en cas d'incendie déclaré dans l'immeuble loué. Dès la première édition de son *Traité*, en 1939, De Page rejetait ce système au profit de celui de la responsabilité divisée qui seule, selon lui, correspondait à la volonté réelle du législateur.

Le problème se posa quelques années plus tard à la Cour de cassation qui s'en tint à l'interprétation traditionnelle (51). Dans ses conclusions, le Procureur Général Cornil avait pourtant reconnu que cet article reposait sur "une erreur de droit" et était "relativement inéquitable". Pourquoi alors maintenir le système de la solidarité?

"Ce que je ne puis admettre c'est que les auteurs de l'article 1734 se soient servis du mot "solidairement" pour ne rien dire du tout, l'aient placé dans le texte sans que cette adjonction répondît à aucune idée. J'ajoute que si le législateur de 1804 avait voulu seulement assurer au bailleur, en cas de pluralité de locataires, le bénéfice de l'article 1733 à l'égard de chacun des preneurs et dans la limite des lieux loués par chacun d'eux, il eut été bien inutile qu'il insérât dans le Code un article 1734. L'article 1733 suffisait".

Qu'il nous suffise, pour critiquer cette interprétation et l'argumentation qui la sous-tend, de rappeler la réaction de De Page à cet

(50) cf. par exemple, Bruxelles, 11 septembre 1954, *J.T.*, 1955, p.60; Cass., 21 septembre 1956, *Pas.*, 1957, I, 29.

(51) Cass., 16 novembre 1944, *Pas.*, 1945, I, 34 et conclusions L. CORNIL.

arrêt. Pour l'éminent auteur, cette décision "maintient l'odieuse loi de 1804" et ne peut être le résultat que "d'une interprétation servile et aveugle" (52).

§ 4. Complétude.

Il n'est sans doute pas absurde de soutenir que le législateur n'a pas envisagé une telle hypothèse, de même qu'il n'est pas interdit de soutenir qu'une antinomie intervient entre deux normes. Mais tout comme l'antinomie, relevée n'est qu'apparente ou provisoire ainsi aussi la lacune ne saurait être définitive, tout l'art du juge consistant à aménager le système juridique en manière telle qu'il finisse par absorber la difficulté survenue. Les techniques en vue de réaliser cet objectif sont aussi nombreuses que variées : arguments d'analogie, a fortiori, a contrario, recours aux principes généraux... Les ayant longuement étudiées par ailleurs (53), nous n'y reviendrons pas sauf par une allusion au problème qu'a posé en 1919 la validité des arrêtés-lois de guerre édictés par le souverain en l'absence des deux autres branches du pouvoir législatif (54). L'exemple est d'autant plus significatif qu'à la lacune constitutionnelle relevée par le Procureur Général Terlinden (la Constitution prévoit le cas d'empêchement du Roi : art. 81, 82, 83, 85 mais est muette quant à l'empêchement de la Chambre et du Sénat) s'ajoute le vide juridique effectif qu'auraient entraîné l'invalidation des dispositions incriminées et la paralysie totale du pouvoir législatif. Double béance qu'il importait de combler en priorité. Au raisonnement par analogie suggéré par son Procureur, la Cour ajoute la référence à un principe général :

"Elle (la Constitution) marque que le pouvoir législatif continue à s'exercer tant que subsiste la Nation elle-même"

(52) H. DE PAGE, Complément au traité élémentaire de droit civil belge, Bruxelles, 1952, vol. III, p.17.

(53) F. OST, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur" in L'interprétation en droit, op. cit., pp.117-158.

(54) Cass., 11 février 1919, Pas., 1919, I, 9 et conclusions TERLINDEN.

et le recours au législateur historique et rationnel qui n'a pas pu souhaiter la paralysie de la fonction législative :

"Attendu qu'il importait d'assurer, comme le voulaient les constituants, au fonctionnement du pouvoir législatif, cette permanence..."

Fondamentalement donc le système juridique a réponse à toute hypothèse. C'était déjà la conclusion que nous tirions de l'interprétation combinée des articles 5 et 6 du Code judiciaire. De la clôture de l'ordre juridique, la dogmatique déduit sa complétude.

Section 3. Rationalité épistémologique.

Un aspect très fréquemment retenu de la rationalité du législateur est le fait que lorsqu'il statue une réglementation déterminée, il possède une connaissance correcte de l'état de choses auquel la loi entend porter remède, des institutions concernées par la matière légiférée et des normes antérieures relatives au même domaine ou à un domaine voisin.

On ne peut donc supposer que l'oeuvre du législateur heurte la "nature des choses" (55), prétende à l'impossible. Illustre cette directive, un arrêt du 30 mai 1929 de la Cour de cassation relatif à la délicate question de la validité des clauses d'échelle mobile(56)

(55) cf. P. FORIERS, "La motivation par référence à la nature des choses" in La motivation des décisions de justice, pp.249 et sv. cet auteur définit la nature des choses comme "agencement de faits ou de circonstances qui s'impose au juriste soit dans l'ordre de la réalité physique qu'il imagine, soit dans l'ordre rationnel auquel il souscrit"; cf. aussi C. PERELMAN, "Perspectives rhétoriques sur les problèmes sémantiques" in Logique et analyse sept.-déc. 1974, pp.247-248 qui montre bien que l'interprétation des textes-même de textes sacrés- s'opère souvent dans un esprit de synthèse et de conciliation avec un savoir laïc tenu pour vrai.

(56) Cass., 30 mai 1929, Pas., 1929, I, p.206 et conclusions JOTTRAND. Une décision récente du tribunal de commerce de Bruxelles (Comm. Bruxelles, 6 juin 1972, J.T., 1977, p.640) illustre aussi la connaissance des réalités (et notamment des effets de la loi) qui est prêtée au législateur : "que toute autre interprétation aurait pour effet aberrant qu'il suffirait -pour échapper à Notre juridiction et à la sanction de l'article 54 en général- que des entreprises désireuses d'accomplir des actes de concurrence illicite se groupent sous une forme juridique dite civile (telle l'A.S.B.L.); que le législateur n'a pu vouloir un tel résultat".

Au regard de l'arrêté royal du 2 août 1914 établissant le cours forcé, est-elle valable la convention de prêt dans laquelle il est convenu que le montant du capital à rembourser (en francs belges) dépendra du cours de la livre sterling? Le premier avocat général Jottrand qui sera suivi par la Cour de cassation, s'attacha à répondre par l'affirmative à cette question et ce, contrairement à l'arrêt entrepris.

S'il est clair que l'arrêté royal du 2 août 1914 établissait le cours forcé (visant à assurer la circulation des billets de la Banque nationale en leur garantissant la même force libératoire qu'à la monnaie métallique), il n'imposait pas pour autant le cours forcé au pair (qui aurait garanti l'équivalence du franc-papier et du franc-or). Soutenir le contraire reviendrait à sacrifier aux théories nominalistes des "rois faux-monnayeurs". Toute la suite de l'argumentation consiste en une invocation de la rationalité du législateur qui n'a pu heurter la nature des choses et les lois économiques :

"L'arrêté n'a pas un sens plus étendu et cela pour des raisons majeures et diverses :

- 1° Parce que loi dérogatoire au droit commun, son texte est de stricte interprétation.
- 2° Parce que le législateur n'est pas présumé avoir voulu l'impossible.
- 3° Parce que le législateur n'est pas présumé avoir voulu porter atteinte à la sécurité du commerce juridique, favoriser les malhonnêtes gens et créer dans le pays une situation contraire à l'ordre public" (...)

"Que si l'on prétend que l'arrêté, bien qu'il ne le dise pas, a voulu imposer pour les conventions à venir, que le billet soit reçu comme valeur équivalente à l'or nonobstant toute convention contraire, on prête au législateur l'intention d'avoir voulu l'impossible, d'avoir porté une loi contraire à la nature des choses et fatalement impuissante.(...)"

"Il ne faut pas prêter au législateur trop de candeur ou d'ignorance.

Il savait tout ce que je viens de vous dire; il connaissait le sort du papier de la banque de Law, il connaissait la ridicule aventure des assignats, il savait que les lois économiques sont inexorables; il n'est pas permis de supposer qu'il n'ait pas prévu ce qui allait arriver pour peu que la guerre se prolongeât, ou au moins ce qui pouvait arriver; il devait, assurément, prévoir une dépréciation de la monnaie fiduciaire, il n'a pas voulu imposer une parité qui était contraire à la nature des choses" (56 bis).

(56 bis) Il est significatif, sur le plan d'une analyse de contenu, de relever que la "nature des choses" est ici assimilée aux lois d'un système économique déterminé.

Respectueux de la nature des choses, le législateur l'est aussi de l'esprit des institutions. Il ne saurait avoir pris des mesures qui seraient de nature à en perturber le bon fonctionnement. On appréciera sous cette optique un arrêt du Conseil d'Etat qui avait à répondre à la question de savoir s'il est compétent pour annuler -le cas échéant- la décision d'un conseil provincial statuant sur la validité des élections provinciales (57).

Après avoir reconnu qu'une telle décision constituait un "acte d'une autorité administrative" et rencontrait le critère de compétence du Conseil d'Etat fixé en termes généraux par l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946, la haute juridiction déclina cependant sa compétence. L'essentiel de l'argumentation tient dans l'idée que l'exercice du pouvoir d'annulation du Conseil d'Etat à l'égard des décisions du conseil provincial statuant sur la régularité des élections provinciales "aurait des conséquences que le législateur ne saurait avoir voulues quand il a créé le Conseil d'Etat". Notamment, l'annulation de cette décision laisserait subsister pendant des mois l'incertitude quant à la régularité des fonctions du conseil provincial et de la députation permanente durant la période comprise entre l'annulation de la décision de validation et l'installation du conseil et de la députation permanente issus de la réélection. Elle retarderait également la composition et le fonctionnement du Sénat c'est-à-dire qu'elle compromettrait en définitive le bon exercice de la fonction législative elle-même.

Enfin, le législateur doit également être présumé connaître l'ensemble du dispositif normatif dans lequel s'insère la réglementation nouvelle qu'il porte. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt du 16 mars 1939 répondant par la négative à la question de savoir si un acte de contrefaçon d'une marque de fabrique déposée tombait sous le coup de l'arrêté royal n°55 du 23 décembre 1934 réprimant les actes de concurrence déloyale (58). Un tel acte de contrefaçon ne peut faire l'objet d'une action en cessation; la protection des marques déposées est l'objet exclusif de la

(57) C.E., 13 janvier 1970, arrêt n°13.893 (Claessens), Recueil, 1970, p.39.

(58) Cass., 16 mars 1939, Pas., 1939, I, 150 et Conclusions L.CORNIL.

loi du 1er avril 1879 sur les marques de fabrique. Pour soutenir cette thèse, la Cour invoque par deux fois la rationalité épistémologique du législateur :

- 1) "Attendu que si l'on admettait que l'action en cessation organisée par l'article 1er de l'arrêté royal peut aboutir à l'ordre de cessation d'une contrefaçon d'une marque de fabrique, il faudrait admettre aussi que le président du tribunal de commerce pourrait ordonner la cessation d'une contrefaçon de brevet; qu'en matière de contrefaçon de brevet, cet ordre de cessation impliquerait la solution de questions que la loi a réservées au tribunal civil; que si les auteurs de l'arrêté royal avaient entendu réaliser pareille innovation, ils l'auraient dit".
- 2) "Attendu que l'arrêté royal n°89 du 29 janvier 1935, pris en exécution des mêmes lois de pouvoirs spéciaux, a maintenant expressément, dans son article 1er, le principe que nul ne peut prétendre à l'usage exclusif d'une marque de fabrique s'il n'en a effectué le dépôt dans les formes indiquées par la loi; qu'il résulte encore de là que le Gouvernement n'avait voulu, quelques semaines plus tôt, par l'article 1er de l'arrêté royal n°55 du 23 décembre 1934, assurer la protection indirecte des marques même non déposées en permettant d'obtenir du président du tribunal de commerce un ordre de cessation de leur contrefaçon".

Section 4. Rationalité axiologique.

Le législateur ne produit pas seulement une oeuvre cohérente il élabore aussi une réglementation harmonieuse. La loi, multiple et mouvante, traduit une hiérarchie convergente de préférences. L'expression la plus opératoire de ce postulat est la règle de justice selon laquelle les individus essentiellement semblables doivent être traités de façon identique par la loi. Cette directive a bien souvent servi de critère ultime pour départager des interprétations rivales.

Ainsi cet arrêt du 26 janvier 1977 de la Cour d'appel de Bruxelles statuant dans une difficile affaire fiscale (59). Un individu, orphelin de père mort pour la patrie, est adopté à l'âge de 39 ans par une personne dont il ne tarde pas à hériter d'une grosse fortune. L'administration fiscale prétend le priver du bénéfice de l'article 52/2, 2° du Code des droits de succession (assimilant l'enfant adoptif à l'enfant légitime pour autant qu'il s'agisse de

(59) Bruxelles, 26 janvier 1977, J.T., 1977, p.589.

quelqu'un qui "au moment de l'adoption est orphelin d'un père mort pour la Belgique") en raison de l'âge avancé de l'adopté. Cette thèse sera rejetée par la Cour qui refuse de comprendre le terme "orphelin" dans le sens, suggéré par l'administration, d'orphelin "mineur". Après avoir argué du sens usuel du terme orphelin et des déclarations contenues dans les travaux préparatoires, la Cour procède à une comparaison du statut de différentes classes d'enfants adoptés, pour conclure en invoquant la règle de justice :

"qu'il serait paradoxal et donc inconcevable que le gouvernement aurait voulu moins bien traiter les adoptés, enfants orphelins de père mort pour la Belgique, que ceux appartenant à ces trois autres catégories".

Un arrêt du 9 février 1925 de la Cour de cassation eut l'occasion d'affirmer la même idée dans une affaire pénale (60). La loi pénale du 31 mai 1888 prévoyait, entre autres réformes, la condamnation conditionnelle. L'article 9 de cette loi disposait qu'en cas de condamnation à des peines devant être cumulées, les tribunaux pourraient surseoir à l'exécution du jugement et cela pendant un tel délai. Sur base de cet article, un pourvoi fut introduit à l'initiative du Procureur Général près la Cour d'appel contre un arrêt qui, après avoir condamné un individu, coupable d'infractions connexes, à des peines d'amendes correctionnelles et de police, décida qu'il serait sursis à l'exécution de ces peines pendant des délais différents pour les deux amendes.

Dans ses conclusions, le Procureur Général P. Leclercq s'attacha à démontrer que le sens de l'article 9 de la loi du 31 mai 1888 était obscur et que, s'il pouvait viser l'hypothèse de condamnations multiples pour infractions connexes (thèse du pourvoi), il pouvait aussi viser l'hypothèse de condamnations multiples, principales et subsidiaires, pour une seule infraction. La Cour retint, selon la suggestion du ministère public, le second sens proposé qui selon elle "n'est pas inconciliable avec le texte de la loi". Puis elle ajoute, à l'appui de sa thèse, cette remarque décisive :

(60) Cass., 9 février 1925, Pas., 1925, I, 129 et conclusions P. LECLERCQ.

"attendu qu'enfin, en fût-il autrement, il convient parfois de rechercher ce qu'a voulu dire le législateur plutôt que ce qu'il a dit littéralement : qu'il est préférable en principe de supposer qu'il a employé une expression traduisant imparfaitement sa pensée, plutôt que de lui prêter une pensée issue de l'arbitraire".

Serait arbitraire ou inéquitable la volonté de soumettre des individus condamnés, mais susceptibles de bénéficier du sursis, à des traitements différents, ce qui serait la conséquence inévitable de l'interprétation proposée au pourvoi : en effet, la possibilité d'accorder des sursis de longueurs différentes pour les peines prononcées à l'égard d'un individu coupable de diverses infractions, dépendrait du fait, purement accidentel, de la jonction ou de la disjonction de causes. Or,

"il n'y a pas lieu d'admettre que le législateur ait voulu refuser au juge statuant par un seul jugement, une latitude qu'on ne peut lui enlever lorsqu'il statue par des jugements différents".

Puisqu'il est incontestable que le législateur réserve un même traitement à tous les justiciables qui appartiennent à la même catégorie essentielle, la thèse du pourvoi devait être rejetée (61).

Section 5. Abandon du postulat de rationalité du législateur.

Il est des cas exceptionnels où le juge renonce à recourir au postulat de rationalité du législateur et aux nombreuses directives interprétatives qu'il suscite.

Il avouera même que la solution légale lui paraît irrationnelle. Quelles sont les hypothèses dans lesquelles s'opère ce renversement?

- (61) On trouvera encore une application de la règle de justice fonctionnant comme critère ultime de l'interprétation dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 17 septembre 1970 (Pas., 1971 II, 38); cet arrêt réalise par ailleurs un contrôle incident de la constitutionnalité de la loi : "parmi deux ou plusieurs interprétations possibles de la loi, les juges doivent retenir celle qui assure le mieux la protection des libertés constitutionnelles".

M. Bobbio, qui aborde ce problème (62), pense que ce raisonnement ne peut s'opérer qu'au cas très rare où "le texte est assez clair pour ne donner lieu à aucun doute sur son interprétation" : dans ce cas le juge ne dispose plus de la marge de manoeuvre suffisante pour aménager la loi dans un sens rationnel.

Critère donc du texte très clair qui rejoint cette analyse de Laurent "la loi fût-elle mille fois absurde, encore faudrait-il s'en tenir à la lettre, parce que le texte est clair et formel" (63).

Sans doute est-ce une explication du phénomène. Mais remarquons alors qu'ils sont vraiment rares les textes à ce point rigides qu'ils ne permettent pas au juge d'en proposer une interprétation qui lui paraisse acceptable.

Confronté à de tels textes rigides, irrationnels ou injustes, le juge préférera s'incliner plutôt que de violer le principe de séparation des pouvoirs. *Dura lex sed lex*.

Il nous paraît, qu'à tout le moins dans la jurisprudence de la Cour de cassation, l'abandon du postulat de rationalité du législateur peut se produire dans une autre hypothèse. Il s'agit de matières où l'évolution de l'opinion publique, et particulièrement de l'opinion du monde des juristes, est tellement sensible que la Cour est obligée d'en tenir compte; mais comme, par ailleurs, elle a le sentiment qu'une interprétation évolutive ne lui est pas permise sur ce point, elle dévalorisera la loi qu'elle se croit pourtant obligée d'appliquer en raison du principe de séparation des pouvoirs. La loi est alors appliquée de la manière la moins compréhensive. Le résultat, parfois avoué, de la manoeuvre est d'éveiller l'attention du législateur pour le contraindre à changer la législation sur ce point

On trouve un exemple de cette pratique dans un arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 1960 rendu sur conclusions conformes du Procureur Général R. Hayoit de Termicourt (64). A la question

(62) N. BOBBIO, loc.cit., p.248.

(63) F. LAURENT, op.cit.; R. DIAS, op.cit., p.134.

(64) Cass., 18 nov. 1960, Pas., 1961, I, 299 et conclusions R.HAYOIT de TERMICOURT.

de savoir si la signification à partie d'un jugement contradictoire fait courir le délai d'appel aussi à l'égard de la partie signifian-
te elle-même, la Cour d'appel avait répondu par l'affirmative. Elle
se basait sur l'article 443 alinéa 1 du Code de procédure civile qui
disposant que le délai de deux mois courra, pour les jugements con-
tradictoires, à partir de la signification à partie, ne distinguait
pas, selon elle, entre la partie qui fait la signification et celle
qui la reçoit. Cette interprétation sera combattue par le Procureur
Général R. Hayoit de Termicourt au nom de la règle selon laquelle "o
ne se forclot pas soi-même". La solution s'impose bien que cette rè-
gle soit fragile, rejetée en France depuis un décret de 1935 et as-
sortie de nombreuses exceptions en Belgique. Suit alors l'appel ex-
plicité à une intervention législative :

"Est-ce à dire qu'il soit heureux que la signification régu-
lière d'un jugement ne fasse pas courir le délai d'appel à
l'égard de la partie qui la requiert? Ecrivant avant le
décret de 1935, Glasson, Tissier et Morel faisaient obser-
ver que cette exigence de deux significations n'est pas très
raisonnable, aggrave les frais de justice et entraîne un
formalisme excessif. On peut souscrire à cette appréciation
mais le remède relève du législateur et non du juge.
Conclusion : cassation avec renvoi".

Le problème de l'accès des femmes à la profession d'avoué
offre une seconde illustration de la technique de dévalorisation de
la solution légale liée à son application mécanique. Nous songeons
à un arrêt de la cour de cassation du 29 avril 1946 rendu sur con-
clusions du procureur général L. Cornil (65).
Les conclusions du ministère public, adoptées par la Cour, visaient
à faire dire que les femmes n'avaient pas accès à cette profession.
Or, de l'aveu même du Procureur, une telle solution ne découlait
d'aucun texte clair : il y avait plutôt silence du système juridique
sur ce point. La solution ne se basait finalement que sur un raison-
nement a contrario opéré à partir d'une loi de 1922 qui avait auto-
risé l'accès des femmes au barreau tout en ne disposant rien à pro-
pos de la profession d'avoué. Le Procureur Général se refusa ex-
pressément à faire "une interprétation évolutive de textes surannés"
au motif :

(65) Cass., 29 avril 1946, Pas., 1946, I, 156 et conclusions L.
CORNIL.

"qu'il est des domaines que le législateur s'est réservés et dans lesquels les cours et tribunaux ne pourraient innover, sous couleur d'interprétation, sans s'insurger contre la loi".

Conclusion :

"vous direz que les lois actuelles ne permettent pas à la femme d'être avoué. Mais en le disant vous penserez comme moi que bien des femmes seraient d'excellents avoués. De votre arrêt on inférera qu'il s'impose de modifier la loi".

En adoptant volontairement une position anachronique et en niant ouvertement la rationalité du législateur, la Cour fait coup double: elle signifie son désir d'un changement législatif et elle préserve le principe de la séparation des pouvoirs que, par-dessus tout, elle tient à garantir.

Ces dernières remarques ouvrent la voie à des réflexions plus critiques.

CHAPITRE V : LES FONCTIONS EXERCEES PAR LE POSTULAT DE RATIONALITE
DU LEGISLATEUR.

Introduction.

Après avoir dégagé un modèle théorique de l'interprétation judiciaire de la loi (chapitre III), spécifié et illustré celui-ci par l'étude d'une pratique interprétative essentiellement centrée sur la représentation de la rationalité du législateur (chapitre IV) et suggéré comment l'action combinée de contraintes discursives (chapitre I) et juridiques (chapitre II) renforçait cette référence à un foyer intentionnel unitaire et idéalisé, il convient, en manière de conclusion, de s'interroger sur les fonctions exercées, au coeur du dispositif juridique, par cette représentation. Nous ne reviendrons donc pas, si ce n'est incidemment, sur sa nature. Nous avons tenté de cerner celle-ci, dans les développements qui précèdent, en parlant tour à tour de postulat, de présomption (irréfragable), d'idée régulatrice au sens kantien. Avertis de la nature ambiguë de l'image du législateur rationnel (présomption... souvent comprise comme irréfragable, idée régulatrice... souvent mise en oeuvre comme donnée apodictique), nous sommes maintenant en mesure de réfléchir à l'efficace propre de cette image.

La première fonction que remplit le postulat qui nous occupe est une fonction d'argumentation (section 1). Argument suprême et péremptoire du débat judiciaire, la rationalité du législateur conduit à interroger l'argument d'autorité. En définitive, cet argument exprime-t-il la fondation de l'autorité par la raison ou, au contraire, la détermination de la raison par l'autorité? Ce glissement n'est-il pas un nouvel indice du retournement dogmatique (ratio perversa) dont Kant dénonçait les ravages dans l'usage classique de l'idée régulatrice?

La seconde fonction exercée par notre postulat est une fonction de raréfaction (section 2). Raréfaction du donné existentiel mais aussi raréfaction des solutions juridiques possibles. Sans nier le fait que l'usage de l'argument de rationalité a bien souvent con-

duit le juge à proposer de véritables interprétations créatrices, nous tenterons de montrer que le pouvoir normatif ainsi exercé est entièrement tributaire d'une approche logicienne, systématisante et intégratrice du réel qui s'entend à réduire le conflit, social et individuel, sous les catégories de la Loi.

Enfin, la figure du législateur rationnel exerce une ultime fonction qui est de légitimation (section 3). Légitimation de la décision de justice, bien sûr, mais aussi -en ce point nous débordons notre propos initial et entamons la transition avec les développements qui suivent- légitimation des constructions de la science du droit comprise comme dogmatique et catégorie centrale de la philosophie du droit qui, traditionnellement, cherche une validation incontestable pour l'ordre juridique.

L'analyse "interne" à l'objet juridique (cf. supra, Introduction) que nous avons développée ne peut, nous semble-t-il, aller plus loin : elle conduit à "radiographier" le fonctionnement de la pratique interprétative contaminée par la "tumeur maligne" que représente l'image dogmatique du législateur rationnel.⁽¹⁾ Elle ne peut prétendre expliquer ce phénomène ou en rendre compte à partir de facteurs historiques, sociologiques, psychologiques ou autres. Une telle tâche est l'oeuvre d'une analyse critique "externe" à son objet ne pouvant, selon nous, s'exercer qu'avec les lumières d'une pratique théorique interdisciplinaire. Nous ferons, pour terminer, quelques suggestions dans ce sens.

Section 1. Fonction d'argumentation.

L'argument de rationalité du législateur est l'argument suprême de la controverse judiciaire. Qu'il suffise, pour s'en persuader, de faire un dernier emprunt à la jurisprudence. M. L'avocat général Gesché a dit, dans des conclusions précédant un arrêt de cassation du 15 mai 1930 (1 bis).

"L'objet même de la loi écrite est, en effet, de régler les rapports entre les hommes de la manière qui s'indique comme naturellement la plus raisonnable et la plus juste. Son idéal est d'être la raison écrite et, si elle n'y atteint

(1) La tumeur est maligne en ce sens qu'elle renaît sous des formes variées (littéralisme, systémisme, recours acritique au consensus). Pour le reste, il est vrai que, loin de mettre à néant le fonctionnement dogmatique du discours juridique, elle en assure la survie.

(1bis) Cass., 15 mai 1930, Pas., I, 1930, 223 et conclusions GESCHE.

pas toujours, au moins l'interprète doit-il lui faire crédit d'y avoir tendu dans toutes ses dispositions (...). D'où nous croyons pouvoir déduire cette règle : chaque fois qu'une disposition légale sera susceptible d'être comprise comme décidant ce que la saine raison et le sentiment naturel du juste lui commandaient de décider, l'interprète n'hésitera pas à la comprendre ainsi. Si ingénieuse et si bien suivie que pourra être une glose conduisant à une conclusion contraire cette glose ne prouvera jamais que l'habileté de son auteur à tirer parti de son autorité ou de l'ambiguïté d'un texte. Sa conclusion même en démontrera l'erreur, ou du moins portera en elle le désaveu vraisemblable du législateur, ce qui constituera contre elle une objection péremptoire".

L'invocation du législateur rationnel fonctionne sans nul doute comme argument d'autorité.

Que penser de cet argument?

L'argument d'autorité -rejeté par les modernes : Locke disait qu'"un homme ferait mieux de fonder ses opinions en les jouant à pile ou face plutôt que de prendre une décision en se laissant guider par le critère d'autorité"(2)- est aujourd'hui réhabilité notamment par les courants rhétorique (3) et herméneutique. Ainsi M. Gadamer montre-t-il que l'interprète trouve en l'autorité et la tradition deux principes heuristiques féconds (cf. supra, chapitre I). L'idée est qu'en principe, il ne faut pas opposer autorité et raison, auctoritas et libre recherche scientifique (4). Sans doute l'argument ne vaudra que ce que vaut le prestige de l'autorité invoquée mais celle-ci n'est pas nécessairement admise de façon absolue, éternelle et péremptoire. Elle peut faire l'objet d'un examen critique, on peut faire valoir que l'autorité en question est reconnue par d'autres autorités ou qu'elle a fait preuve de compétence, de probité, de clairvoyance en telle ou telle circonstance. En ce sens, l'auctoritas se distingue de la notion de pouvoir : son fondement est d'ordre ra-

(2) J. LOCKE, Essai sur l'entendement humain, IV, XX, 17.

(3) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation, op.cit., t.II, pp.410-417.

(4) en ce sens, cf. R. PEREZ PERDOMO, "L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique" in A.P.D., 1971, p.227.

tionnel, il ne repose pas sur la force ou la sujétion (5).

M. Horn tente d'appliquer cette conception à l'usage de l'argument d'autorité dans le discours juridique (6). S'il admet qu'un tel argument réduit beaucoup la réflexion critique personnelle, il souligne néanmoins que le débat judiciaire doit mener, en un délai raisonnable, à une décision : il importe donc de mettre un terme à des discussions sans fin. (Sur ce point le parallèle peut être fait entre la "présomption" de rationalité du législateur et la présomption de vérité de la chose jugée) (7). A cette stabilisation de l'argumentation contribue pour une part le formalisme des procédures; mais l'effet d'économie de pensée est surtout conditionné par l'invocation d'autorités susceptibles de recueillir un consensus. Sous peine d'abus et de manipulation, l'argument d'autorité doit constamment faire l'objet d'un examen rationnel. L'"émancipation" de la pensée juridique passe par cette critique qui, dans chaque cas, s'efforce d'évaluer le degré de consensus dont jouit l'autorité invoquée. On voit que cette théorie rejoint assez bien la thèse de M. Esse exposée et discutée précédemment. Or, de nouveau, si l'on peut souscrire dans l'abstrait aux thèses avancées, il convient de s'interroger sur l'application réelle qui en est faite dans les procédures judiciaires.

De ce point de vue, on ne peut que partager le scepticisme que M. Haba oppose aux thèses de M. Horn. Pour M. Haba, l'appel à la rationalité des autorités juridiques a pour effet, en l'absence de critères sur base desquels opérer un contrôle intersubjectif crédible, de légitimer le processus de pensée traditionnelle des juristes (8).

(5) en ce sens, cf. C. FRIEDRICH, "The problem of authority in legal reasoning" in A.R.S.P., 1973, pp.179 et sv.

(6) N. HORN, "Rationalität und Autorität in der juristischer Argumentation" in Rechtstheorie, 1975, heft 2, pp.145 et sv.

(7) cf. en ce sens A. VANWELKENHUYZEN, loc.cit., p.274; L. HUSSON, "Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse" in R.T.D.C., juillet 1976, p.440.

(8) E.P. HABA, "Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?" in Rechtstheorie, 1977, heft 2, pp.145 et sv.

Pour étayer ce point de vue, on peut relever le fait que, dans nos ordres juridiques, la loi est présentée comme une autorité contraignante, ce qui signifie que la personne à qui s'adresse l'argument n'a pas la possibilité de contester son prescrit. La loi est donc l'objet d'un traitement - une sorte d'hypostase- qui vise à rendre son auctoritas incontestable et non temporaire. C'est l'action du pouvoir qui met la loi à l'abri de toute discussion et oblige à y obéir; action aussi de l'Etat moderne qui, par sa tendance à monopoliser l'auctoritas, entraîne la confusion de celle-ci et du pouvoir.

Mais la force seule n'a jamais suffi à asseoir durablement une autorité. L'incontestabilité de la loi est aussi et surtout le fruit d'un travail d'idéalisation et de croyance dont le paradigme peut être fourni par le modèle de l'infailibilité pontificale (9). Ainsi, bien plus qu'à l'examen critique de la rationalité du législateur, c'est à la proclamation dogmatique de celle-ci que s'emploie traditionnellement la théorie du droit. Ainsi Saint Thomas d'Aquin : "la loi est un ordre rationnel ayant pour but le bien commun et promulgué par celui qui a la communauté à sa charge" (10), Pufendorf : celui qui est chargé de faire la loi doit avoir, en plus du pouvoir, "l'excellence de nature" qui donne à ses décisions, même envisagées comme de simples conseils, suffisamment de poids pour entraîner notre obéissance (11), Portalis : "les lois ne sont pas de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce" (12), Laurent : "le législateur ne crée pas le droit il fait la loi; il est l'organe de cette justice universelle qui a son principe en Dieu"(13)

(9) Sur tout ceci, cf. R. PEREZ PERDOMO, loc.cit. et spécialement p. 243 : "l'argument d'autorité proprement dit, c'est-à-dire sans interférence du pouvoir ou de l'autorité religieuse, possède comme preuve une valeur relativement faible".

(10) Saint THOMAS d'AQUIN, Somme théologique, Ia IIac, qu.90, art.3.

(11) PUFENDORF, Le droit de la nature et des gens, I, VI, 1.

(12) PORTALIS, "Discours préliminaire" in Travaux préparatoires du Code civil, t.I, p.466.

(13) F. LAURENT, op.cit., t.I, p.339.

M. Husson : "le législateur exerce une mission : il fait oeuvre de sagesse, il est le relais d'une équité naturelle" (14). Même idée encore chez Jean Dabin qui, après avoir établi que la création du droit était acte de raison pratique consistant à adapter la règle juridique à la fin du système de droit, le bon règlement des rapports sociaux, affirme que seul le législateur est juge de cette conformité (15).

Commentant le phénomène d'hypostase qui caractérise la référence légale, M. Perez Perdomo observe que l'idée même d'auctoritas contraignante déforme le sens original de l'auctoritas (16). Plus que d'une déformation, il faudrait parler, nous semble-t-il, d'un échange de légitimité entre raison et autorité. (16bis).

Alors que personne -les magistrats moins que quiconque- ne se fait d'illusions sur la scientificité ou le désintéressement des procédures de l'élaboration législative, on continue à faire "comme si" le législateur était rationnel (17). L'argument du législateur rationnel risque bien, dans ces conditions, de traduire cette cristallisation dogmatique de la pensée juridique que nous qualifions par ailleurs de "dérive mythologique".

Section 2. Fonction de raréfaction.

Ce point est sans doute un des plus délicats, mais aussi un des plus importants, de notre propos. En parlant d'effet raréfiant exercé par la principe de rationalité du législateur, nous n'enten-

(14) L. HUSSON, "Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse" in R.T.D.C., juillet 1976, p.440.

(15) J. DABIN, Théorie générale du droit, nouvelle éd., Paris 1969, pp.199 et 396 : "aucun problème ne se pose quand une règle est accusée de n'être point conforme aux exigences du bien public. Encore que pareil reproche mette en cause la validité rationnelle de la règle, l'appréciation en chaque cas des exigences du bien public, ainsi que la conformité de la règle à ces exigences, relève et ne peut relever que de la compétence de l'autorité qui a porté la règle".

(16) R. PEREZ PERDOMO, loc.cit., p.244.

(16bis) cf. O. BALLWEG, "Rhétorique et interprétation" in A.R.S.P., 1979, LXV/4, p.455 : "je propose de décrire une limite essentielle de l'interprétation : elle se trouve dans l'autorité. La dernière légitimité d'une dogmatique et de son interprétation repose sur la légitimité de l'autorité qui l'a créée".

(17) Sur l'irrationalité de ces procédures, cf. notamment J. CARBONNIER, Sociologie juridique, Paris, 1972, p.271.

dons pas nier le fait que le juge opère des choix créateurs, voire une véritable fonction normative. Nous accorderons même que les décisions examinées dans le chapitre précédent, décisions qui faisaient explicitement appel à la rationalité du législateur, traduisent, plus encore que les décisions "ordinaires", des interprétations hardies et novatrices. Il n'est donc pas question de sousestimer la mobilité et la mutabilité de l'ordre juridique tel qu'appliqué et transformé journallement par le juge.

La véritable question consiste plutôt à s'interroger sur la nature et le sens du "progrès" ainsi réalisé. Or, sur ce point, la doctrine juridique est étrangement silencieuse. Les quelques auteurs qui ont abordé le problème qui nous occupe et repéré la figure du législateur rationnel, concluent généralement que sous cette figure -sous ce masque, faudrait-il dire- l'interprète exprime l'ensemble de ses connaissances et préférences personnelles (18). Si le juge optimalise la loi qu'il interprète, c'est pour mieux justifier le choix de valeurs qu'il opère personnellement ou qui lui est suggéré par son entourage social (19). M. Peczenik va plus loin encore : dans la mesure où les juristes admettent généralement que le législateur réel n'est guère rationnel, il importe de se départir de la "fiction inutile" du législateur idéal; "tout mystère disparaîtra" si les juristes prennent conscience du fait que le postulat du législateur rationnel, loin d'énoncer une thèse relative au comportement du législateur réel, traduit l'intention des juges à se conformer eux-mêmes à des standards de rationalité dans leur fonction d'interprète (20).

On en reviendrait donc, après un long détour, au point de départ : le juge tranche les litiges en fonction de ses préférences personnelles, et la motivation logicienne (y compris la référence au

(18) Z. ZIEMBINSKI, "La notion de rationalité du législateur", loc. cit., pp.178 et 187.

(19) L. NOWAK, "De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique", loc.cit., pp.81-82.

(20) A.PECZENIK, "Empirical foundations of legal dogmatics" in Logique et Analyse, 1969, n°45, p.42; cf. aussi M. VAN HOECKE, De interpretatievrijheid van de rechter, Antwerpen, 1979, p.339, qui montre qu'en s'appuyant successivement sur différents aspects du postulat de rationalité du législateur, le juge peut aboutir à des résultats pratiques opposés.

législateur rationnel) ne serait qu'un paravent destiné à dissimuler l'irréductibilité du choix opéré ou, à tout le moins, à en proposer une rationalisation a posteriori. Nous nous inscrivons en faux contre une telle présentation qui laisse dans l'indétermination la plus complète les motifs réels qui orientent le juge (une telle indétermination ne peut conduire qu'à l'humanisme flou qui se rattache à la "responsabilité" du juge ou au sociologisme vague qui se réfère aux "valeurs partagées par l'entourage du juge") et fait bon marché de l'efficace du style logicien présidant à la démarche interprétative. Notre thèse est qu'il n'est nullement indifférent, du point de vue du résultat concret de l'interprétation judiciaire, que le juge se réfère en priorité à un système juridique idéalisé, c'est-à-dire développe une approche intégratrice et systématisée du réel. De ce point de vue, les appréciations de la doctrine ne sont pas toujours très conséquentes. Ainsi, par exemple, c'est le même auteur -M. Ziembinski- qui, d'une part, relève que le juge prête au législateur toutes ses évaluations personnelles et note, d'autre part, que l'idée de rationalité du législateur "fournit une rationalisation des efforts faits par les dogmaticiens pour construire un système de droit cohérent" (21).

Le glissement est d'importance : loin de développer n'importe quelles préférences, l'interprète "construit un système de droit cohérent". L'affirmation est à la fois si massive, si naturelle et si évidente qu'elle n'est jamais interrogée pour elle-même. Or ce sont précisément de telles "évidences", liées au caractère unitaire du langage juridique et généralisant de la règle de justice, qui colorent l'oeuvre de justice à la manière d'un filtre invisible et déforment le réel ambiant à la manière d'un prisme. L'appréhension unitaire du réel -et du droit qui est censé en fournir le reflet régularisé- a nécessairement pour effet de réduire la portée véritable du conflit tant individuel (béance personnelle du sujet) que collectif (oppositions d'intérêts et de classes). Sans doute faut-il reconnaître que le degré de sensibilisation à cet effet de raréfaction est directement lié aux choix idéologiques des

(21) Z. ZIEMBINSKI, loc.cit., pp.178 et 183.

uns et des autres et notamment à leur degré d'assimilation à l'ordre social établi.

Cette réserve formulée, on doit néanmoins constater que la fidélité des juges à l'image du système cohérent les conduit à prendre distance par rapport à une législation galopante et plus sensible aux évolutions sociétaires qu'elle ne l'était à l'époque du suffrage censitaire (22). La fonction de création du droit, en vue de son adaptation progressive à une réalité sociale mouvante et contradictoire, est exercée aujourd'hui plus que jamais par le législateur. On peut dès lors se demander si le juge, confronté à une inflation législative pas toujours bien fixée sur ses options idéologiques, juge qui cherche par-dessus tout à regagner la cohérence du système juridique sur les multiples réglementations ponctuelles, à développer ses virtualités au travers des nombreuses failles de la législation, à perpétuer sa constance au-delà des évolutions sociétaires (23), n'exerce pas, en fait, un rôle intégrateur, stabilisateur et, en ce sens, "conservateur". Participe notamment de ce phénomène, une certaine logique du centre et de la périphérie, très sensible dans l'interprétation des règles du droit social par les Cours supérieures,

(22) On peut émettre l'hypothèse que le "déclin" de la loi, c'est-à-dire l'entreprise de dévalorisation de celle-ci date du moment où l'on est passé du suffrage censitaire au suffrage universel (l'idée a été explicitement exprimée lors des débats parlementaires relatifs à la création du Conseil d'Etat : cf. Doc.Parl. Chambre, Séance du 20 oct. 1937, interventions de MM. JENNISSSEN et RELECOM; cf. aussi E. PISIER-KOUCHNER, "L'obéissance et la loi : le droit" in Histoire des idéologies, t.III, Paris, 1978, p.127).

(23) On trouvera une manifestation de cet état d'esprit dans la Mercuriale du P. G. de Mons, J. LECLERCQ publiée au J.T. du 14 février 1976, pp.105 et sv. : "la première constatation qui est devenue un lien commun, c'est le foisonnement des lois et des dispositions réglementaires qui envahissent tous les domaines de la vie sociale et qui paraissent parfois répondre davantage à des préoccupations d'intérêt particulier et individuel qu'à la recherche du bien commun. Cette tendance nous paraît dangereuse et pernicieuse car elle perd de vue, nous semble-t-il, que le droit, quelle que soit sa spécialisation, découle de grands principes généraux, issus de la nature même de l'homme et reconnus, par l'expérience, indispensables à la vie en société".

qui conduit à considérer les normes du droit social comme de "l'infra-droit", à expliciter et rattacher au droit commun des principes civilistes, alors même que l'émergence d'un droit du travail ne s'explique que par la volonté de se départir de ses solutions (24). Des remarques analogues pourraient être faites à propos d'autres branches du droit, comme le droit administratif de l'économie (25). Comme le relève très justement M. Lyon-Caen, la cohérence, "mot magique", évoque la cohésion au plan socio-politique et la poursuite de l'ordre logique est ainsi nécessairement intégration des inégalités de statut (26). Dans ces conditions, à l'heure où de nouvelles insti-

- (24) A propos de la jurisprudence relative aux conflits collectifs du travail, M.G. KEUTGEN écrivait récemment : "il faut bien constater -in globo- la relative pauvreté de la réflexion de la jurisprudence, surtout sociale, qui s'en tient encore très largement à des concepts et constructions traditionnels sans tentative d'en renouveler l'approche et les implications". ("Droit de l'entreprise et droit des travailleurs" in Jurisprudence commerciale de Belgique, 1977, n°7-8, p.400; dans le même sens, sur le même problème, cf. J. PIRON, "De la légitimité de certains moyens de pression dans les conflits sociaux" in J.T.T., 15 juil. 1976, p.194). Concernant la jurisprudence relative au licenciement abusif, Mme JAMOULLE écrit quant à elle : "la jurisprudence n'a guère profité de l'occasion que lui offrait le législateur lui-même pour tenir en échec, dans une certaine mesure, les normes légales et conférer aux salariés une certaine stabilité d'emploi" ("Examen de jurisprudence (1968-1974) : contrat de travail et contrat d'emploi" in R.C.J.B., 1975, p.277). Sur le problème en général et notamment l'interprétation "civiliste" du droit social, cf. P. OLLIER, Le droit du travail, Paris, 1972, p.42; M. et R. WEYL, La part du droit dans la réalité et dans l'action, Paris, chap. IV; P. DURAND, Traité de droit du travail, Paris, 1975, T.I, n°207; M. CAMERLYNCK, "L'autonomie du droit du travail" in Dalloz, 56, chron., p.23.
- (25) cf. notamment G. FARJAT, L'ordre public économique, Paris, 1974 p.519 qui relève que les lois d'ordre public économique souffrent de leur qualification de "lois d'exception" dans la mesure où "la jurisprudence se montre peu favorable aux dispositions d'ordre public économique en refusant d'étendre leur domaine et paraît restreindre celui-ci par rapport à ce qu'exigeaient les textes"; cf. aussi D. LOSCHAK, Le rôle politique du juge administratif français, Paris, 1972, p.297 : "le juge administratif résiste aux transformations économiques et sociales en continuant à appliquer les principes anciens à des situations nouvelles (...). En invoquant de tels principes pour freiner l'évolution des données politiques, économiques, sociales, le juge administratif apparaît comme un élément conservateur, sans que cette attitude puisse toujours se justifier par des considérations tirées d'un prétendu consensus national".
- (26) G. LYON-CAEN, "L'image du droit social belge" in Revue de l'université de Bruxelles, 1978, n°1-3, p.364.

tutions juridiques sont mises en place qui traduisent des mutations sociales et des choix de valeurs alternatives, la véritable attention aux besoins sociaux -dont parlent les théories modernes de l'interprétation- n'implique-t-elle pas une directive de "respect des contradictions du législateur"?

Le propos est si inhabituel qu'il en paraît presque incongru.

Une telle directive n'a été envisagée que de manière exceptionnelle par les juristes. On en trouve trace dans les écrits d'une poignée de logiciens (27) et de théoriciens du droit (28). Elle anime la méthode de certains groupes de praticiens du droit (29).

Mises à part ces quelques exceptions, il apparaît que l'intériorisation généralisée d'un système juridique rationnel permet de conjurer un foisonnement interprétatif qui pourrait révéler de trop profondes divergences. Dans ces conditions, l'image du législateur rationnel fournit le principe d'un progrès juridique intégré, d'une expansion quantitative sans rupture qualitative (30); ce principe est celui de

- (27) G. TARELLO, "Sur la spécificité du raisonnement juridique" in A.R.S.P., beihft Neue Folge, n°7, pp.118-119; A. JEAMMAUD, Des oppositions de normes en droit privé interne, op.cit., p.583; J.R. CAPELLA, El derecho como lenguaje, op.cit., p.64; G. KALINOWSKI, Introduction à la logique juridique, op.cit., cite (pp. 66-67) un auteur polonais qui a formulé cette directive.
- (28) cf. H.BUCH, "Conception dialectique des antinomies juridiques" in Les antinomies en droit, op.cit., pp.372 et sv.; E. BERTRAND, "Le rôle de la dialectique en droit privé positif" in Dalloz, 1951, Chron., p.151.
- (29) cf. Justice 1978, Journal du syndicat de la magistrature, n°60-61, p.7 : "appliquer purement ou simplement la loi, jouer des contradictions entre les lois ou leur donner un contenu autre, telles ont été les trois méthodes de jurisprudence alternative employées jusqu'à maintenant"; cf. également S. SENESE (du mouvement "magistratura democratica") "Contestation judiciaire en Italie" in Pro Justitia, n°10, pp.15 et sv.
- (30) en ce sens, A-J. ARNAUD, "Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique", loc.cit., p.167; J. BROEKMAN, Recht et antropologie, op.cit., p.146.

la logique identitaire ou tautologique qui, dans l'histoire de la pensée, et particulièrement dans l'histoire du droit, s'est toujours entendu à ramener l'autre au même.

Section 3. Fonction de légitimation.

La thèse du législateur rationnel exerce, bien évidemment, une fonction de légitimation de la décision de justice qui s'y réfère. Nous retrouvons ici nos analyses de l'argument d'autorité et de son plus ou moins grand pouvoir de justification des idées qu'il soutient. Nous voudrions, à ce stade de notre étude, élargir le propos et montrer que le postulat qui nous occupe remplit une fonction centrale dans des sphères plus larges encore que celle de l'interprétation judiciaire de la loi; ce qui, bien entendu, renforce encore, par effet indirect, son efficacité au plan de cette pratique judiciaire.

On retrouve en effet, au coeur de la dogmatique juridique, le postulat du législateur rationnel. Par dogmatique juridique nous visons la science classique du droit, celle qui, à l'instar de la dogmatique théologique, étudie son objet en vue de sa définition, classification et harmonisation mais sans chercher à en discuter le bien-fondé, la genèse et les effets (31). Une telle dogmatique s'attache à reconstruire par institutions, branches et systèmes, un ordre juridique transparent, cohérent et efficace. Elle élabore, pour ce faire, un corps d'axiomes de base développés par un réseau de règles d'inférence, de transformation et d'interprétation. L'ensemble de ces règles mettent en oeuvre, de manière plus ou moins explicite, le postulat de rationalité du législateur (32).

(31) en ce sens, cf. G. KALINOWSKI, "Une théorie de la dogmatique juridique" in A.P.D., 1970, p.408. Nous concevons le dogmatisme de la science classique du droit non comme un trait inhérent à son essence ou à sa nature mais plutôt comme une tendance -une dérive- à laquelle elle cède le plus souvent; dans ces conditions il est parfaitement possible de rencontrer des ouvrages de science juridique mêlant, en proportion variée, une tendance dogmatique à une tendance critique. Dans le même sens et inversement, aucun ouvrage ne peut prétendre s'être entièrement dégagé des postulats dogmatiques.

(32) Z. ZIEMBINSKI, "Lawyers' reasonings based on the instrumental nexus of legal norms" in Logique et analyse, mars 1969, p.224.

Or, il est extrêmement significatif de relever, avec K. Popper notamment (33), que la plupart des sciences sociales prennent précisément pour axiome de base le postulat de la rationalité des agents dont elles étudient le comportement. Ainsi la théorie économique adopte-t-elle le principe du comportement économique rationnel de "l'homo economicus" (maximisation du profit et de la satisfaction) grâce auquel elle explique son comportement et tente de prévoir ses décisions futures. Mais alors qu'en économie ou en histoire, par exemple, la rationalité des agents est admise comme une hypothèse qui demande à être vérifiée et qui peut être, le cas échéant, infirmée, ce qui est spécifique à la dogmatique juridique c'est que la thèse de la rationalité du législateur n'est pas interrogée de manière critique (34). Elle ne porte pas en effet sur le comportement du législateur réel mais construit le modèle d'une personne idéale dont la rationalité (représentant celle du système) est admise.

La dogmatique juridique -qui s'apparente à la dogmatique de l'interprétation des textes sacrés -traduit donc à nouveau cette cristallisation, ce durcissement déjà repéré à propos des notions de présomption, d'argument d'autorité et d'idée régulatrice. Dans ces conditions, on a pu présenter la thèse du législateur rationnel comme un principe "quasi-hypothétique" (35). M. Peczenik va plus loin encore et écrit qu'il ne s'agit pas d'une hypothèse mais d'une directive (36). L'ambiguïté est extrêmement révélatrice : n'avons-nous pas, nous-mêmes qualifié de quasi-normatif le modèle interprétatif centré sur la thèse du législateur rationnel?

En ce point un parallèle extrêmement suggestif s'impose entre le statut de notre postulat et celui de la norme fondamentale de Kelsen (sur celle-ci, cf. infra, III^e partie). Nous exposerons plus loin l'ambiguïté de la "Grundnorm" kelsenienne qui se présente à la fois comme une norme (supposée et non posée, il est vrai) et comme une hypothèse : elle exerce à la fois des fonctions quasi-positives

(33) K. POPPER, The poverty of historicism, London, 1966, pp.140-141; G. GRZEGORCZYK, "Statut et fonction de la théorie dans la science du droit" in A.P.D., 1977, pp.193-197.

(34) en ce sens, L. NOWAK, loc.cit., p.83.

(35) L. NOWAK, loc.cit., p.83.

(36) A. PECZENIK, "Empirical foundations of legal dogmatics", loc.cit., p.42.

de délégation de pouvoir au premier Constituant et des fonctions épistémologiques de fondation transcendantale du jugement par lequel les juristes concluent à la validité d'une norme (37). Nous sommes là sur un terrain quasi-normatif et quasi-hypothétique : la norme fondamentale, dirons-nous, constitue la fausse hypothèse d'une fausse science; elle est bien plutôt le présupposé d'une connaissance dogmatique. Répondant à la question de la validité de l'ordre juridique la norme fondamentale exprime le présupposé dogmatique des juristes qui tient en une phrase : "le droit est obligatoire".

De même, la thèse qui nous occupe, proposition quasi-normative et quasi-hypothétique, doit-elle se comprendre comme le postulat d'une démarche dogmatique; elle répond à la question de l'intelligibilité de l'ordre juridique par le présupposé selon lequel "le législateur est rationnel".

La norme fondamentale de Kelsen et le postulat du législateur rationnel seraient donc les deux piliers de la science juridique dogmatique la première validerait la réponse donnée par les juristes à la problématique de la validité des normes juridiques, la seconde validerait la réponse donnée par les juristes à la problématique de la compréhension des normes juridiques. Dans les deux cas s'opère une clôture des espaces de sens ouverts par les questions, dans les deux cas s'affirme une réponse péremptoire et instituante qui cautionne la prétention du discours juridique à la validité et à la vérité et le garantit contre le doute persistant.

L'analyse du fonctionnement dogmatique de la rationalité juridique ne peut aller plus loin si elle veut se maintenir dans les limites d'une démarche "interne" à l'objet étudié. Au-delà de ces limites, le constat que nous venons d'opérer permet divers prolongements. Il y a d'abord la manière de Kelsen qui prétendra concentrer exclusivement le pouvoir explicatif de la science du droit dans cette approche interne. Nous dénoncerons plus loin le télescopage qui se produit alors entre une volonté scientifique de distanciation par rapport à l'objet et la résolution dogmatique de conférer le pouvoir explicatif ultime à l'élément normatif, comme si la norme fonde-

(37) H. KELSEN, Théorie pure du droit, trad. 2^e éd. par C. EISENMANN Paris, 1962, pp.257 et sv.

tale pouvait "expliquer" la conformisation des sujets de droit à l'ordre juridique. Dans ces conditions, le dogmatisme de l'objet étudié risque bien de se communiquer à l'étude elle-même. Transposée à notre problématique, une telle méthode consisterait à limiter le propos de la science du droit au constat de l'efficience du postulat du législateur rationnel et à y trouver le fondement nécessaire de la démarche des juristes comme si leur dogmatisme "s'expliquait" par cette directive. Nous pensons quant à nous que si "étudier un fait, vouloir le connaître, c'est le restituer dans un ensemble de relations" (38), alors il convient de confronter le noyau dogmatique que nous avons relevé à un ensemble de facteurs explicatifs extra-juridiques.

Avant de proposer quelques suggestions en ce sens, il nous faut encore évoquer un second prolongement de notre constat que l'on peut observer dans la pensée juridique. Alors que la première ligne de fuite visait à légitimer (il s'agit en fait d'une fonction de réassurance) les postulats juridiques dogmatiques par leur inscription dans l'orbite de la scientificité (Théorie pure du droit), la seconde ligne de fuite que nous voudrions évoquer maintenant réalise le même effet de légitimation par leur inscription dans un ordre métaphysique.

On en trouve une illustration très explicite sous la plume de M. Kalinowski. L'éminent logicien écrit en effet, au terme d'une étude approfondie de notre postulat, que "la dogmatique juridique peut être relayée par la philosophie (...). Philosophie qui nous apprend que l'homme est un animal raisonnable". Dans ces conditions la philosophie explique pourquoi "la dogmatique juridique doit supposer que le législateur est rationnel et a raison de le faire même si, en réalité, il lui arrive de ne pas l'être toujours et en tout". Le législateur doit être juste et rationnel "sous peine d'être moins homme". Et M. Kalinowski de conclure : si la dogmatique juridique "veut s'assurer de ne pas comporter de lacunes et être entièrement dans le vrai, elle doit être consciente "de sa dépendance à cette philosophie de l'homme"(39). On ne pourrait être plus explicite :

(38) H. LEFEVRE, Logique formelle et logique dialectique, 2è éd., Paris, 1969, p.178.

(39) Toutes citations de G. KALINOWSKI, "Une théorie de la dogmatique juridique", loc.cit., pp.411-412.

la thèse du législateur rationnel -qui garantit la cohérence et la pertinence de la dogmatique juridique- est validée elle-même par une métaphysique. En l'occurrence l'inspiration est d'ordre iusnaturaliste. Mais le propos n'est pas isolé. L'inscription du juridique dans la sphère du rationnel, présente déjà chez Aristote (40), culminante dans l'Ecole du droit naturel moderne (41), inspire encore le positivisme des révolutionnaires français de 1789 (42). Et, sous les formes renouvelées du "Volksgeist" et du "corps social", c'est le même effet d'hypostase et de garantie qui s'opère (43).

A la limite, on peut dire, avec M. Cotta, qu'entre le iuspositivisme et le iusnaturalisme il n'y a qu'une différence de degré dans l'ordre de la légitimation par appel au caractère rationnel des prescriptions juridiques : alors que le iuspositivisme se contente d'une fonctionnalité de l'ordre juridique à un contexte de coexistence particulière, le iusnaturalisme prétend à la fonctionnalité de l'ordre juridique à un contexte de coexistence universelle (44).

Où l'on voit que sous des versions variées s'exerce la reproduction d'un travail de croyance visant à certifier le bien-fondé et le bien-pensé de l'ordre juridique. S'il convient de donner toute son ampleur à ce phénomène -et de repérer notamment comment se nouent des complicités conceptuelles et axiologiques, de longues chaînes significantes, du plus modeste raisonnement judiciaire à la philoso-

-
- (40) cf. en ce sens C. DESPOTOPOULOS, "Le raisonnement juridique d'après Aristote" in A.P.D., 1972, pp.89 et sv.
- (41) cf. M. THOMANN, "Histoire de l'idéologie juridique au XVIII^e siècle, ou : le droit prisonnier des mots" in A.P.D., 1974, pp. 127 et sv.
- (42) M. WEBER, On law in economy and society, op.cit., p.296.
- (43) cf. W. GOLDSCHMIDT "La logique du droit" in A.P.D., 1966, pp. 213-214 : "Lorsque la norme est comprise comme expression d'usages et pratiques sociales existants indépendamment d'elle ou, d'une façon iusnaturaliste, comme une copie de règles idéales toujours existantes, la norme est subordonnée à la valeur de vérité, car cet idéal contrôle la réussite de la conformité de la norme avec son objet".
- (44) S. COTTA, "Six thèses sur les rapports entre droit naturel et droit positif", à paraître, IVR World Congress, Bâle 27 août-1 septembre 1979, p.19.

phique du droit la plus académique- il importe, dans la perspective critique qui est la nôtre, de tenter d'expliquer (et non plus de justifier) ce dogmatisme.

A ce stade, il n'est évidemment pas question de prétendre à une explication définitive ou exclusive. Un champ immense s'ouvre à la science du droit dont les premières et provisoires conquêtes ne seront le fruit que d'une pratique théorique interdisciplinaire.

De ce point de vue, deux voies au moins s'offrent au regard. La première, d'inspiration historique et sociologique, est déjà familière à la théorie critique du droit. Il s'agirait d'approfondir le sillon tracé par Marx -à propos de l'économie politique principalement- et tenter de penser les liens qui se nouent entre formalisation du droit et mode de production capitaliste. On ne peut nier en effet une forme de concordance entre la généralisation de l'échange marchand, la réification des rapports sociaux (Lukacs) (45), la technicisation des modes de communication et de légitimation sociales (Habermas) (46) et la rationalisation du discours juridique (Weber). L'étude de cette concordance (sa périodisation, sa nature : lien d'homologie, lien causal?) est susceptible de livrer certains enseignements non seulement quant au contenu du discours juridique occidental contemporain (son individualisme, son libéralisme...) (47) mais aussi quant à sa logique de fonctionnement (48). Dans cette dernière ligne d'idées, des concepts comme ceux de "fétichisme de la marchandise" pourraient fournir d'utiles suggestions quant à la constitution d'une symbolique économique non sans rapport avec la symbo-

(45) G. LUKACS, Histoire et conscience de classe, Paris, 1960.

(46) J. HABERMAS, La technique et la science comme idéologie, trad. J.R. LADMIRAL, Paris, 1973; du même, Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé, trad. J. LACOSTE, Paris, 1978.

(47) cf. par exemple, E.B. PASUKANIS, La théorie générale du droit et le marxisme, trad. J.M. BROHM, Paris, 1970.

(48) cf. par exemple, M. MIAILLE, Une introduction critique au droit, Paris, 1976, pp.198-276.

lique juridique et le fétichisme de la norme raisonnable qui l'anime (49).

Une seconde voie d'analyse, celle que nous privilégions dans la suite, fournit un questionnement de nature plus philosophique qui se nourrit des problématiques épistémologique et psychanalytique. Il s'agit d'interroger le dérapage dogmatique qui affecte la rationalité juridique, phénomène d'absolutisation, d'hypostase, d'idéalisation que nous qualifions de "dérive mythologique" pour suggérer l'idée qu'une telle clôture du discours -qu'une telle logique, donc- traduit un certain jeu du désir. Désir individuel du sujet, désir collectif des masses auquel nous tenterons de rapporter l'émergence des figures éminentes- telle celle du législateur rationnel- qui jalonnent l'histoire de la pensée juridique.

Dans les limites du champ qu'ordonne ce désir, se constitue une vision (juridique) du monde au terme d'un procès dont M. Fourez a bien décrit les étapes (50) : au commencement, l'individu, pour s'orienter dans le monde naturel et social et se rassurer, cherche à donner une place à chaque chose qui l'entoure, à les nommer et les hiérarchiser en système. Au fur et à mesure que cette cohérence s'étend et se ramifie, son maniement est monopolisé par un corps de spécialistes qui la renforce davantage, la présente comme exclusive et la traduit en institutions en voie d'objectivation progressive. Parallèlement, le besoin se fait toujours plus grand d'étendre la vertu explicative des modèles proposés : de proche en proche s'articulent des mythes de plus en plus larges répondant aux questions les plus essentielles que l'homme se pose. De tels mythes ne doivent cependant pas tant leur efficacité et leur récurrence à leur scientificité ou même leur vraisemblance, qu'à leur intériorisation par le groupe et la sacralisation corrélative dont ils font l'objet. Le mythe, qui détermine la cohérence et la clôture des discours, se sou tient donc d'une part de son insertion dans l'économie libidinale des sujets parlants (intériorisation, identification de la vision

(49) Nous proposerons, en conclusion de la II^e partie de ce travail, une confrontation des concepts d'idéologie et de mythologique.

(50) G. FOUREZ, La science partisane, Gembloux, 1974, pp.31-42.

du monde proposée et du père qui s'en fait l'interprète...) et, d'autre part, de sa légitimation ultime due à l'attribution de sa paternité à une personne incontestée. De l'univers ainsi construit et légitimé se dégagent de manière contraignante tant une grille d'interprétation du réel qu'un code de comportement dans ce réel. Le discours juridique -discours plus institué que tout autre- traduit bien les diverses étapes de ce procès : nous espérons que l'étude de la pratique interprétative polarisée par l'image du législateur rationnel aura quelque peu contribué à le démontrer.

DEUXIEME PARTIE

LOGIQUE JURIDIQUE ET RATIONALITE MYTHO-LOGIQUE

Approche de la mytho-logique juridique

INTRODUCTION.

Les développements qui précèdent nous ont appris que la question de la logique juridique ne se laissait pas réduire aisément.

Au moment même où l'on croit pouvoir en terminer avec cette logique, la reléguant au second plan, elle réapparaît sous des formes inattendues et redoutables. Ainsi, derrière les joutes rhétoriques qui trouvent un écho dans la motivation des jugements, derrière le jeu, en apparence libre et concret, des arguments, avons-nous appris à discerner la figure du législateur rationnel qui en orchestre secrètement les développements. Ainsi, derrière l'étagement institutionnel des juridictions et l'exercice de la fonction de cassation, avons-nous pu dégager la prégnance d'un modèle pyramidal hiérarchique et centralisateur, qui fixe l'horizon d'un discours un, l'intégrité d'une représentation logicienne.

Il est temps alors de laisser ces premières analyses et de poser pour elle-même la question du statut de la logique juridique.

Suivant notre démarche habituelle, nous commencerons par prendre acte de la structuration du champ théorique relatif à cette question, pour tenter ensuite de dégager les implicites qui s'y manifestent.

Un premier titre est donc consacré à l'état de la problématique.

Il s'agira d'abord de montrer comment l'ensemble des discours juridiques, pas seulement le discours du juge mais aussi celui du législateur et de la doctrine, sont travaillés par cette logique et l'exigence de systématisation qu'elle implique (chapitre I). Si la pensée juridique n'a pu ignorer ou nier ce phénomène, elle n'en tire cependant pas toutes les conséquences, comme si elles recélaient quelque vérité mauvaise à dire. Ce sont, en effet, les connotations de "mystère", voire de "danger" qui caractérisent les descriptions classiques de ce phénomène d'omni-présence de la logique juridique.

Quelques auteurs pourtant se décident à aborder de front la question qui nous préoccupe (chapitre II, Le débat récurrent concernant la nature de la logique juridique). Sans nier les acquis théoriques, souvent remarquables, que livrent leurs travaux, force est de constater que loin de dissiper le "mystère", ils l'obscurcissent en lui donnant une formulation plus assurée.

Ce n'est pas tant l'éclatement de la problématique en deux courants majeurs, formaliste et non-formaliste, qui pose problème. Nous sommes coutumiers de ce type de partition théorique et avons appris ce qu'elle peut avoir de relatif. Ce qui pose problème, ce sont bien plutôt les présupposés qui rapprochent, plus ou moins à leur insu, ces positions théoriques. Et d'abord l'idée que la logique juridique est une technique, ce qui implique qu'elle travaille en vue d'objectifs dont la détermination lui échappe. Ce choix des buts à atteindre -seule question vraiment essentielle selon la pensée classique- relèverait de la prudence, du sentiment ou de la politique : ensemble de facteurs qui n'échappent sans doute pas aux exigences de la rationalité mais qui sont présentés comme affranchis des contraintes de la logique.

Tels sont les deux traits dominants du problème tel qu'il est généralement posé par les auteurs : bipolarisation de la problématique (logique et prudence chez M. Kalinowski, rhétorique et contrôle logique chez M. Perelman, structuration formelle du droit et détermination économique en dernière instance chez les auteurs marxistes) et, au sein de cette relation, inféodation (instrumentalisation) de la logique à l'autre élément.

Il y a, dans ces couplages théoriques, comme l'indice d'une volonté récurrente d'inscrire à tout prix la pensée juridique dans le champ du rationnel, de combler la béance imaginaire qu'on y soupçonne à l'oeuvre : à la détermination rationnelle des fins (par appréhension du donné naturel, argumentation raisonnable ou analyse scientifique, peu importe), répond la technique logique conçue comme orthonomie de l'esprit.

Si l'on s'avise au contraire du statut fantasmatique de la logique dans le travail des juristes, on dira que cette logique ne se laisse pas réduire au rôle instrumental qu'on lui prête :

il faut plutôt la concevoir comme idéal logicien, désir de transparence, de cohérence, de complétude, d'auto-contrôle du discours. Ce point, parfois entrevu, jamais théorisé, fonctionne comme la tache aveugle de notre problématique; il révèle que l'idéal logicien pourrait bien constituer le principe heuristique suprême de la démarche juridique en même temps que l'objet caché qui subvertit les théories en présence.

C'est l'objet du titre second que de mettre en place l'hypothèse ainsi suggérée (Titre II, Tentative de dépassement. Emergence d'une conception mythologique de la rationalité juridique).

L'assujettissement du discours logique à l'ordre de l'idéal sera thématiqué (chapitre I), à l'aide des écrits de Freud relatifs à la psychologie collective et des travaux de M. Legendre désignant dans le fonctionnement du dispositif canoniste l'archétype de la rationalité juridique. Thèse que confirme, par ailleurs, les études d'histoire de la pensée juridique de M. Villey. On fera écho à ces premières analyses en proposant la relecture du texte de Gény qui, s'il a été, plus que tout autre, sensible au "fétichisme de la loi écrite", n'en a pas moins restauré une forme de mythologique, faute d'avoir réfléchi l'opération imaginaire qui conditionne l'attachement du juriste au texte.

Nous serons alors en mesure, dans un second chapitre, de procéder à une première discussion de l'hypothèse mythologique. On tentera d'en repérer quelques manifestations marquantes dans l'histoire des doctrines juridiques, d'en discuter le statut philosophique en rapport avec la notion d'imaginaire, d'en interroger le rapport avec l'idéologique.

Autant de mises à l'épreuve au terme desquelles devrait s'affirmer croissante la fécondité explicative du concept de mythologique : loin d'exclure ou réduire les autres perspectives théoriques concernant le discours juridique, il en fournit en quelque sorte le prolongement, pointant vers le lieu où fonctionne effectivement le droit.

Notre science du droit étant irrémédiablement marquée du sceau de l'herméneutique, c'est encore la fécondité explicative d'

une hypothèse qui est le meilleur signe de son utilité. Sur ce plan, on n'a sans doute pas fini de mesurer les virtualités de l'approche de la rationalité juridique en termes de mythologie. Ceci étant, il reste que nous intitulez cette partie de notre travail : "Approche de la mythologie juridique", laissant pour la troisième partie, l'analyse plus approfondie de la question.

TITRE I

L'ETAT DE LA PROBLEMATIQUE

CHAPITRE I : LA RATIONALITE JURIDIQUE COMME RATIONALITE LOGIQUE.

Que la rationalité juridique soit une rationalité logique, c'est là une vérité d'évidence que la théorie du droit répète à l'envi. Une étude de la mytho-logique juridique se doit néanmoins de le rappeler en guise de préalable à la problématisation du statut de cette logique (1).

L'enjeu du présent chapitre est donc double. Il s'agit de rappeler succinctement en quoi le travail du juge, du législateur et de la doctrine ressortit à la logique. Il s'agit ensuite de problématiser cette logique car il apparaît rapidement que l'usage du terme "logique" appliqué à la démarche du juriste, est un usage pour le moins analogique, ce qui entraîne d'infinies controverses sur sa pertinence (cf. infra, chapitre II). Sans anticiper sur la suite de nos développements nous dirons quant à nous que si la rationalité juridique nous paraît "logique", il s'agit moins de témoigner par là de la correction technique des inférences juridiques, que de la conformisation du raisonnement juridique aux idéaux logiciens tels que ceux de la non-contradiction, de la complétude, de la transparence, etc... Logique a donc pour nous le sens de représentation ou d'idéal logicien; quant à l'évaluation de la plus ou moins grande correction logique des constructions juridiques, nous ne voulons pas en préjuger et laissons ce travail aux logiciens de profession.

Le trait le plus caractéristique de la rationalité occidentale est sans doute son souci de symétrie, d'ordre et de cohérence (2). Pour elle, rationalité est synonyme de mise en forme

(1) cf. I. TAMMELO, "The Is "and" the Ought" in Logic and Law", in A.R.S.P., nr6, 1970, p.80 : "Despite occasional judicial and academic fulminations to the contrary effect, it is virtually universally accepted by the lawyers that in the application of law logic performs an indispensable role; but what precisely this role is continues to be debated".

(2) cf. en ce sens, J. STONE, Legal system and lawyers' reasonings, London, 1964, p.286, note 253 : "The story of the fascination of the western mind by the concept of "indivisibility" might introduce a visitor from Mars to most of the main political, legal and theological issues of western civilisation".

logique. Le juriste, remarque M. Stone (3), n'échappe pas à cette fascination. Son propre ouvrage s'ouvre d'ailleurs par cette affirmation (non interrogée pour elle-même) que le droit est un système et qu'un tel système implique une unité interne (4). Une telle unité est à la fois créée et maintenue par une grande variété de techniques juridiques parmi lesquelles l'usage des fictions -maintenant des cohérences ponctuelles à l'encontre même des réalités- joue un rôle important (5). Mais ces techniques elles-mêmes participent d'un idéal fondateur qui précisément est le souci de restaurer toujours l'unité du système juridique. Ce qui implique, à titre corrélatif, que le juriste développe le matériau normatif de telle sorte que les éventuelles contradictions qu'il contient soient réduites, voire supprimées. De même, le juriste doit s'efforcer de trouver, grâce au système, une solution à chaque cas, afin de bannir l'éventualité d'une "absence de loi" (6).

M. Stone, qui, nous le verrons plus loin, minimisera ces premières analyses en prétendant inféoder la logique juridique à l'expérience de la vie et à la recherche de la justice matérielle, est néanmoins conscient de l'effet pratique d'un tel idéal juridique : "bien que nous rejetions les tentatives de représentation du système juridique en termes exclusivement logiques, nous devons toujours tenir compte de la réalité pratique de cette idée d'unité dans la mesure où elle s'avère opératoire dans la mise en oeuvre des systèmes juridiques" (7). C'est la catégorie de "pseudo-

(3) J. STONE, ibidem; K. LARENZ (Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, 1975, p.430) : "Auf viele Juristengenerationen hat dieses System eine kaum zu überschätzende Faszination ausgeübt (...) und auch heute noch vermögen sich nur wenige Juristen (...) der Faszination durch das abstrakt -begriffliche System zu entziehen".

(4) J. STONE, op.cit., p.21.

(5) Il est significatif que Stone cite comme exemple de fiction jouant ce rôle: "l'équité et le droit naturel", op.cit., p.22.

(6) J. STONE, op.cit., p.25.

(7) J. STONE, op.cit., p.209 (Nous traduisons).

logique" (8) qui lui permettra de concilier cette idée d'omniprésence du souci de mise en ordre logique et son analyse de l'oeuvre du juriste en termes de réalisation de la justice : la logique couvre l'ensemble des raisonnements juridiques, leur donnant une apparence de rigueur, alors qu'en fait les prémisses de ces raisonnements sont le fruit d'évaluations matérielles. On le voit : l'auteur s'emploie à relativiser l'exigence de systématisation en droit, au moment même où il en perçoit la prégnance.

Deux auteurs, MM. Alchourron et Bulygin ont tenté quant à eux de donner sa véritable portée à l'exigence de systématisation en droit. Cette systématisation, selon eux, est la tâche majeure du législateur et de la doctrine. La loi doit se conformer à des standards de rationalité : la cohérence, la complétude, l'indépendance (ou absence de redondance). Le respect de ces standards est à la fois l'idéal rationnel de la science du droit qui tente de reconstruire son objet et le fondement intuitif de la pratique juridique qui doit appliquer le droit aux faits (9). M. Rivero qui fait l'apologie des "faiseurs de systèmes", observe que tout juriste est un tel faiseur de système, condamné qu'il est à l'abstraction et à la généralisation (10). Même idée encore exprimée par Jean Renauld

(8) J. STONE, op.cit., p.295.

(9) C. ALCHOURRON et E. BULYGIN, Normative Systems, New-York, Wien, 1971, p.3.

(10) J. RIVERO, "Apologie pour les faiseurs de systèmes" in Dalloz, 1951, I, p.99, chron. XXII; on observera que cette apologie de l'esprit systémique s'exprime dans un langage qui sait mettre en oeuvre, selon ce que nous en montrera P. Legendre, les mythologies et le grand jeu d'amour. Critiquant la "tentation" d'existentialisme juridique qui se fait jour au sein du Conseil d'Etat, Rivero écrit en effet : "Le Palais royal semble se détourner de la Montagne Sainte Geneviève, hantée de fantômes aristotéliens, pour nouer avec le quartier Saint-Germain-des Prés, sous le signe de l'existentialisme juridique, un flirt imprévu".

dans un texte très directement inspiré par Jean Dabin (11). "Le raisonnement systématique, écrit-il, paraît devoir être le procédé d'élection des juristes" (12).

Il s'agit tout d'abord de la systématisation des données factuelles ou spirituelles auxquelles le droit s'applique. Pour dominer cette matière, le droit procède par découpage conceptuel et classement en catégories. Concepts et catégories étant eux-mêmes ordonnés selon des échelles douées d'une généralité et d'une abstraction croissantes (modèle du classement par genres et espèces). Toute une stratégie de solutions en découle tant il est vrai que le principe valable pour le genre, doit l'être aussi pour ses espèces.

Il s'agit ensuite de la systématisation des règles en institutions et branches de droit. L'institution est un système de règles qui se rapportent à un même fait social et qui s'articulent autour d'une finalité unique (ex. : l'adoption, le service public.. Le noyau institutionnel polarise ainsi tout un champ normatif, orientant une multitude de solutions selon des axes strictement ordonnés. Quant à la branche de droit, elle rassemble un groupe de normes qui régissent un secteur déterminé de la vie sociale, leur imprimant certains traits spécifiques à cette branche.

Il s'agit encore, niveau toujours plus général de reconstruction rationnelle, de la systématisation des solutions juridiques par induction, à partir de cas précis, des principes généraux susceptibles de les justifier et harmoniser logiquement.

(11) J. RENAULD, "La systématisation dans le raisonnement juridique in Logique et Analyse, août 1958, n°3-4, p.168 et sv.; cf. aussi M. VIRALLY, La pensée juridique, Paris, 1960, p.XL : "la structure de la pensée juridique, si elle existe, ne saurait être que cohérente sans quoi elle aurait été minée depuis longtemps".

(12) J. RENAULD, loc.cit., p.170; cf. encore H. BATTIFOL (Aspects philosophiques du droit international privé, Paris, 1956, p.62) "La formation du droit en systèmes paraît déceler deux pôles d'organisation. Il y a, d'une part, les objectifs poursuivis qui tendent à s'organiser eux-mêmes autour d'objectifs plus généraux. Il y a, d'autre part, la spéculation sur les solutions acquises qui prétend retrouver des fondements plus généraux sous-jacents à ces solutions".

De tels principes, une fois établis, donnent évidemment prise à de nouvelles opérations logiques, de type déductif cette fois, lorsque des cas inédits se présentent qui semblent pouvoir être réglés par leur emprise.

Il y va enfin -niveau ultime de la hiérarchisation- de la systématisation des buts effectivement poursuivis par un ordre juridique déterminé et des valeurs essentielles dont il s'inspire. Par là même, la pensée juridique se dote d'un cadre objectif d'axiomes canalisant les innombrables évaluations qui sont demandées aux juristes praticiens. La conclusion se dégage d'évidence : "la fonction spécifique de l'interprète dans la réalisation du droit semble exclure que l'appréciation concrète de ce qui est licite ou illicite puisse avoir lieu autrement que dans l'objectivité du système qui lui est donné" (13). Hélas, cédant au dualisme déjà dénoncé dans l'introduction, l'auteur rend problématique cette première conclusion par cette autre affirmation : "A cette conception (systématisante) s'en oppose une autre (...), pour qui le recours à l'appréciation concrète des intérêts en présence doit compléter le raisonnement systématique, éclairer sa marche, voir même se substituer à lui plus ou moins complètement" (14).

Laissons pour le moment la question que ces analyses divergentes doit nécessairement nous poser et tentons plutôt d'illustrer succinctement les descriptions que nous offre le texte de Jean Renauld.

Que le juge opère un constant travail de systématisation, c'est là une réalité dont la première partie de cette thèse a montré maints exemples.

Reste alors à interroger le travail du législateur et de la doctrine. Quoiqu'on pense aujourd'hui des contradictions entraînées par une législation galopante et pas toujours bien fixée sur ses orientations idéologiques, il est clair que le souci de produire une oeuvre harmonieuse et cohérente anime le législateur depuis l'

(13) J. RENAULD, loc.cit., p.169.

(14) J. RENAULD, loc.cit., p.169.

époque de la codification (15).

On peut même dire, à la suite de Varga, que les grandes entreprises de codification (celles de Justinien, de Frédéric de Prusse, de Napoléon Ier, de la Russie des Soviets) procèdent d'un faisceau d'idéaux logiciens utopiques : croyance en la complétude et la cohérence de la loi ramenée en un code unique, illusion de sa simplicité et de sa transparence, prétention à son universalité et à sa pérennité, autant d'aspects de l'idéalisation récurrente de la rationalité formelle (16).

Gény, pourtant peu enclin à accrédi-ter les vertus logiques de la législation écrite, l'avait déjà noté : "malgré son omnipotence reconnue sans conteste par les juristes, le législateur a parfois hésité à consacrer des principes nouveaux qui auraient contrarié les conceptions jusque là régnantes. Il lui semblait sans doute que c'eût été mettre dans son oeuvre une sorte de ferment irrationnel, risquant de la ruiner par la base" (17).

Une telle attitude peut se justifier tant par des considérations d'efficacité positivistes que par des a priori iusnaturalistes comme cela apparaît dans cette citation du député Chastenet : "A l'arbitraire du législateur, une limite s'impose. Il y a des lois qui dominent les nôtres et qui sont fondées sur les rapports nécessaires résultant de la nature même des choses. Nous devons dans nos lois, suivant l'heureuse expression d'A. Comte, viser à la cohérence logique par l'accord de notre conception avec nos observations" (18).

(15) cf. P. PESCATORE, Introduction à la science du droit, Luxembourg 1960, n°149 : "L'art de la législation consiste à sauvegarder la praticabilité des règles dans les cas concrets tout en les intégrant, au moyen du conceptualisme juridique, dans l'ensemble d'un système juridique harmonieux".

(16) C. VARGA, "Utopias of rationality in the development of the idea of codification" in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1978, 1, p.23; cf. aussi, sur les qualités prêtées au code, J. VANDERLINDEN, Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle, Bruxelles, 1967, pp.169-189.

(17) F. GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2^e éd., Paris, 1954, p.127.

(18) M. CHASTENET, Journal officiel de la Chambre des députés, année 1898, p.1501, col. 1-2.

Les récentes réformes du droit belge du divorce (introduction du divorce pour séparation de fait de plus de dix ans) fournissent une illustration caractéristique de cette raréfaction notionnelle consécutive à une volonté de faire oeuvre conforme. Constatant que le système mis en place était "très restrictif", M. Renchon observait qu'"on imagine mal que le législateur puisse à ce point être pénétré des mentalités du code Napoléon qu'il ne puisse envisager de modifier la législation existante qu'à la condition de ne pas remettre en question les concepts de 1804 (...). Il y a, semble-t-il, chez le législateur belge, une espèce d'impossibilité à se détacher de l'idée héritée du code Napoléon que la dissolution du mariage par le divorce est la conséquence d'une faute qui a existé dans le chef d'un des époux" (19).

Outre ce souci d'harmonie idéologique, les travaux préparatoires révèlent d'innombrables témoignages d'une volonté législative de concordance technique. Ainsi par exemple, lorsqu'il s'est agi de modifier les articles 221, 373 et 389 du code civil (loi du 1er juillet 1974), la commission de la justice du Sénat a estimé "intéressant de dresser un tableau comparatif des situations juridiques impliquant dans leur exercice soit des actes d'administration, soit des actes de disposition concernant les biens et les personnes et de voir pour chacune d'elles le système en vigueur" (20). Le tableau repris en annexe du rapport de cette commission s'avère très précis et comprend plusieurs pages.

Le législateur trouve dans la section de législation du Conseil d'Etat, section à laquelle doivent être obligatoirement déférés pour avis les avant-projets de lois (sauf urgence et matières budgétaires), les avant-projets de décrets (sauf urgence) et les avant-projets d'arrêtés d'exécution, organiques et réglemen-

(19) J.L. RENCHON, "Les vicissitudes de la législation belge sur le divorce" in Annales de droit, 1976, t.XXXVI, p.79.

(20) Rapport de la commission de la justice, Pasinomie, 1974, p. 627.

taires (sauf matières budgétaires) (21), un allié précieux en vue de maintenir la cohérence technique de la législation et de garantir le respect de ses principes de base (22).

Mais on ne s'est pas contenté de mettre en place un tel contrôle préventif. On s'est avisé de ce que l'abondance des matières aujourd'hui réglementées risquait de disloquer l'édifice et de décourager son assimilation par ses destinataires. Aussi a-t-on mis en place une procédure "de coordination et de codification des lois", tâche confiée à un bureau de coordination travaillant en collaboration avec la section de législation du Conseil d'Etat (loi du 13 juin 1961). Il est significatif du phénomène que nous étudions que le rapport de la commission de la justice du Sénat concernant cette loi s'ouvre par cette affirmation : "la coordination et la codification des lois est une nécessité au sujet de laquelle il n'y a pas de discussion" (23). Une telle procédure révèle sans doute moins d'illusions sur les qualités de la législation que n'en nourrissait Justinien à l'égard de son oeuvre qu'il proclamait "parfaite et dépourvue de contradictions"; peu importe, le souci est le même -jamais interrogé pour lui-même- de produire une oeuvre logiquement articulée et fermement systématisée.

Certains auteurs, tel M. Van Gerven, ont rendu compte de cette constante du raisonnement législatif; mais à l'instar de ce que nous avons déjà observé dans d'autres secteurs, ils n'ont de cesse que de réduire la portée de leur analyse. Ainsi M. Van Gerven conclut qu'en définitive les véritables contraintes qui pèsent sur le législateur sont d'opportunité politique et pratique (24).

(21) cf. Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (A.R. du 12 janvier 1973), art. 2 à 6; J. MASQUELIN (Les Nouvelles, droit administratif, t.VI, Le Conseil d'Etat, Bruxelles, 1976, pp.95 et sv.) relève que le Gouvernement interprète la notion d'avant-projets de lois budgétaires fort largement.

(22) Pour un exemple d'une telle intervention (en l'occurrence en faveur du principe de séparation des pouvoirs), cf. Pasinomie, 1971, I, p.1077.

(23) Documents parlementaires, Sénat, session 1958-1959, Rapport n° 519 du 13 oct.

(24) W. VAN GERVEN, "Over recht en system" in Rechtsphilosophie en Rechtstheorie, déc. 1973, p.63.

Il est clair que le législateur répond à des problèmes ponctuels et souvent conjoncturels par des législations de circonstance; mais l'important est que la traduction des problèmes qui se posent et des réponses qu'on veut y apporter passe par la grille du conceptualisme (avec tout le cortège de solutions, de procédures et de valeurs qui s'y rapporte) lui-même traversé par l'exigence impérieuse de la systématique.

Il faut être singulièrement peu averti du pouvoir de la logique pour en minimiser ainsi la portée; disant le conflit social dans les termes agréés, la logique en évacue le dynamisme spontané et le ramène dans le champ des catégories assimilables par le système normatif en présence. Ce système peut sans doute s'annexer de nouveaux axiomes mais il ne peut traiter des données exprimées dans un langage inassimilable au sien. C'est précisément le double rôle de la représentation logicienne que d'assurer le progrès et l'expansion du corpus juridique tout en expulsant les éléments hétérogènes à son fonctionnement. Les travaux préparatoires des lois, dans une mesure moindre que les motivations des jugements mais significative néanmoins, sont un creuset où s'opère cette transformation logicienne du conflit.

Si l'on examine le rôle de la doctrine juridique, il apparaît qu'elle occupe elle aussi une fonction importante dans la production juridique systématisée. Suivant législation et jurisprudence à la trace, la doctrine s'acharne à en dégager concepts, solutions et théories. C'est tout un travail logicien qu'elle opère: définition des termes de base, traduction des principes sous-jacents aux décisions d'espèces, déduction des conséquences normatives de réglementations nouvelles.

M. Feys et Mme Motte, débattant du rôle de la doctrine, reconnaissent ainsi "vouloir introduire (dans le raisonnement juridique) le plus possible de rigueur stricte et impersonnelle. Sans sacrifier à la chimère d'une mathématisation du droit, nous prendrons la rigueur mathématique comme idéal -idéal inaccessible au juriste mais dont celui-ci doit s'approcher le plus loyalement

possible" (25). C'est que, ajoutent-ils, "il est naturel de considérer les divers systèmes du droit, le droit d'un pays, les grandes portions du droit ou même la législation sur un objet donné, comme formant autant de systèmes déductifs" (26). Ce travail s'opère parfois dans des conditions difficiles, dans des secteurs où la pensée juridique n'a pas encore clairement conscience des orientations qu'elle se fixe.

Un seul exemple, tiré de la vaste matière -toujours pas entièrement éclaircie- des lois de défense sociale. Un pénaliste éminent s'est penché, en 1957, sur le problème des "interdictions professionnelles en droit pénal" (27). Ardent partisan de ce type de sanction, il en propose la généralisation. Non sans se rendre compte de ce que l'interdiction professionnelle conçue comme mesure de défense sociale risque de recéler des traits incompatibles avec les caractères généraux du droit pénal classique. Aussi s'efforcera-t-il, tout au long de larges développements techniques, de systématiser les différentes applications de la mesure qu'il propose et d'en aménager les caractères en considération d'une exigence de cohérence devant présider à l'ensemble du droit pénal (28).

Il est inutile de poursuivre ces analyses : tant dans le travail du juge (sous sa double forme de pratique interprétative et institutionnelle) que dans celui du législateur et de la doctrine, la rationalité juridique se révèle systématisante et logicienne. Nul ne réfutera cette analyse. Et pourtant il est significatif qu'on ne lui prête généralement pas les conséquences qu'elle implique. D'où les embarras qui caractérisent l'usage du terme "logique" lorsqu'il est appliqué au domaine juridique.

(25) R. FEYS et M.T. MOTTE, "Logique juridique, systèmes juridiques" in Logique et Analyse, avril 1959, n°6-7, p.144.

(26) R. FEYS et M.T. MOTTE, loc.cit., p.145.

(27) R. SCREVENS, L'interdiction professionnelle en droit pénal. Essai de systématisation, Bruxelles, 1957.

(28) en ce sens, M.T. MOTTE, J.T., 1959, p.283.

M. Stone observe avec pertinence que le terme même de logique "est l'objet d'usages émotifs" (29), son sens étant tantôt étendu, tantôt restreint selon que l'on se déclare partisan ou adversaire de son intervention dans le raisonnement juridique. La controverse, absolument récurrente -ce qui étonnait déjà De Page en 1925 (30)- entre les "formalistes et les anti-formalistes", occupe ainsi le devant de la scène théorique (31). Mais, plutôt que de se laisser prendre au jeu des arguments pour et contre, il convient de souligner le style spécifique de cette controverse, particulièrement émotif, pour reprendre l'expression de M. Stone. Quelque chose y est en jeu dont l'importance est confusément ressentie et jamais thématifiée. M. Apostel s'y essaie pourtant qui écrit: "Dans l'opposition entre logique formelle et logique juridique, quelque chose se joue de beaucoup plus profond qu'une question de logique. C'est une option idéologique. C'est une nouvelle opposition entre sciences humaines et sciences exactes. C'est une fois de plus la défense de l'esprit de finesse contre l'esprit de géométrie" (32).

"Quelque chose de beaucoup plus profond qu'une question de logique", en effet; mais l'explication est-elle satisfaisante? Non : elle hésite manifestement entre deux solutions : question d'option "idéologique" et question d'option "méthodologique" (esprit de finesse contre esprit de géométrie). Et si l'auteur voit un lien entre ces deux options, il ne l'exprime pas. Le problème demeure donc entier.

Reste alors au juriste à tenter d'exorciser la menace qu'il contient. "Nous sommes tellement impressionnés par cette

(29) J. STONE, op.cit., p.302.

(30) H. DE PAGE, De l'interprétation des lois, Paris-Bruxelles, 1925, p.25.

(31) en ce sens, L. HUSSON, "Les apories de la logique juridique" in La logique juridique, travaux du II^e colloque de philosophie du droit comparé, Toulouse, septembre 1966, Paris, 1967, p.31.

(32) L. APOSTEL, discussion suivant la communication de G. KALINOWSKI in Le raisonnement juridique et la logique déontique, Actes du colloque de Bruxelles (22-23 décembre 1969), Bruxelles, 1970, p.37.

spécialité abstruse qu'est devenue la logique moderne, écrit M. Villey, par ces pages tout entières remplies d'équations ésotériques et de symboles incompréhensibles, nous avons tant de mal à percer les mystères prestigieux de la logique de M. Klug, que la solution la plus sage serait peut-être de nous taire, de nous laisser instruire passivement par les initiés" (33).

L'affirmation, à n'en point douter, est purement rhétorique : le propos de M. Villey n'est certes pas de s'en laisser conter par les logiciens; il s'agit plutôt de projeter le problème, très réel, que pose le statut de la logique en droit sur le compte des logiciens formalistes, parés, pour la circonstance, des attributs de "l'incompréhensibilité" et de "l'ésotérisme". Ainsi est habilement suggérée l'idée qu'à l'inverse de la logique formelle "abstruse et mystérieuse", la logique dialectique (que prône M. Villey) est susceptible, quant à elle, de résoudre effectivement les problèmes auxquels sont confrontés les juristes. La position est d'ailleurs bientôt clairement affirmée : "les règles de cette logique stricte sont d'un usage restreint dans le droit; du moins elles n'y sont applicables qu'avec toutes sortes d'additions, de tempéraments, de réserves; de sorte qu'on ne peut jamais s'y fier, qu'on aurait tort de s'y livrer et d'y consacrer trop de temps" (34).

Cette affirmation : "on ne peut se fier à la logique stricte" allait susciter une réaction de M. Kalinowski : "Les règles du raisonnement déductif ont un fondement solide. Elles sont valides et on peut s'y livrer en toute sécurité" écrira-t-il (35). A vrai dire la réaction manque son objet. Il est clair que M. Villey n'a pas voulu écrire que les règles de la logique formelle n'étaient pas valides. Ce qu'il affirme c'est que la soumission du raisonnement juridique à la logique présente un danger, une déviation.

(33) M. VILLEY, "Liminaire : données historiques" in Archives de philosophie du droit, 1966, XI, La logique juridique, p.VII (Nous soulignons).

(34) M. VILLEY, "Liminaire : données historiques", loc.cit., p.X.

(35) G. KALINOWSKI, "Logique formelle et droit" in La logique juridique, travaux du II^e colloque de philosophie du droit comparé, op.cit., p.202.

N'est-il pas encore plus net quand il écrit : "le mariage contracté entre le droit et la logique déductive ne fut pas des plus réguliers" (36).

Il y a dans cette interaction du droit et de la logique, la matière d'un union inavouable, l'amorce d'une perversion intellectuelle. C'est aussi le point de vue de M. Husson : "ce qui me paraît dangereux, c'est la croyance que la logique formelle pourrait devenir la régulatrice suprême du droit, ou simplement même qu'elle pourrait jamais réussir à l'enserrer dans ses cadres" (37).

Ces positions théoriques font problème : comment peut-on à la fois soutenir que la logique formelle joue un rôle secondaire dans la pensée juridique et mettre tant d'énergie à conjurer une intrusion de ses syllogismes dans la résolution des conflits? N'est-ce pas que confusément apparaît l'idée que cette logique, dite formelle, a toujours déjà polarisé, fasciné même, les tenants du discours juridique, ce qui du même coup ébranle l'humanisme censé présider à l'élocution de la loi et pose d'innombrables questions sur les rapports entre cette logique et le pouvoir?

Telle sera, en tout cas, notre hypothèse de travail. Hypothèse déjà partiellement confirmée par les analyses qui précèdent concernant la constante systématisante et logicienne qui traverse les pratiques discursives du juge, du législateur et de la doctrine.

Pour tenter d'éprouver la valeur de notre questionnement, il nous faut maintenant poursuivre l'étude de la logique juridique au travers des oeuvres de ceux-là mêmes qui se la sont donnée explicitement pour objet de recherche. De ces études, le problème de la logique juridique a sans doute reçu une formulation plus rigoureuse que celle qu'expriment les citations que nous venons d'emprunter à ce que nous appellerions "la philosophie spontanée des juristes". Mieux thématiqué, le problème n'en est pour autant ni déplacé ni résolu.

(36) M. VILLEY, "Histoire de la logique juridique" in La logique juridique, op.cit., p.71.

(37) L. HUSSON, "Les apories de la logique juridique", loc.cit., p.62.

CHAPITRE II : LE DEBAT RECURRENT CONCERNANT LA NATURE DE LA LOGIQUE

JURIDIQUE.

Introduction.

Notre propos ne consistera pas, dans ce chapitre, à "faire" de la logique juridique ni même à discuter, d'un point de vue technique, de la validité de tel ou tel théorème de logique déontique ou de la plus ou moins grande valeur probante de l'un ou l'autre argument tiré de la rhétorique juridique. Notre ambition est plutôt de faire oeuvre critique : prendre acte de la structuration présente du champ théorique couvert par la logique juridique, y repérer les positions respectives, en mesurer l'écart, en creuser le fondement.

Cette analyse devrait produire l'image d'une problématique bloquée, d'un débat récurrent dont les protagonistes déploient de grands efforts pour surmonter les particularismes de leur point de vue, ce qui ne manque pas de déboucher sur un éclectisme théorique, position de juxtaposition tantôt admise comme telle, tantôt subsumée et gommée dans une ultime ouverture de type idéaliste.

Tous ces traits : débat récurrent, éclectisme de juxtaposition, synthèse idéaliste, dénotent l'état d'un problème central pour la science du droit (d'où l'insistance à le résoudre) mais mal posé et dès lors mal discuté et mal résolu. Une fois repérées ces apories et entrevu l'objet caché, la tache aveugle qui à la fois dénonce les limites des approches proposées et contraint celles-ci à un perpétuel et impossible dépassement, nous serons en mesure, dans la suite, de thématiser cet objet central : la rationalité juridique comme mythologie.

Nous n'anticiperons pas trop sur ces développements en soulignant d'ores et déjà combien ce concept de mythologie entraîne une refonte radicale de la problématique : il ne s'agira plus tant de mesurer le "rôle" de la logique "dans" le droit (conceptions instrumentales impliquant l'idée que le droit pourrait

encore exister, quoiqu'amputé sans doute, en dehors de sa logique) que de comprendre la logique comme structure même du discours juridique, opérant non seulement au plan des schémas de raisonnement utilisés mais encore et surtout au plan des idéaux logiciens (transparence, cohérence, complétude, auto-contrôle) présidant à l'élaboration des prémisses des raisonnements mis en place. Une telle perspective devrait permettre de dépasser (mais sans en annuler aucun des termes) l'opposition des formalistes et des anti-formalistes, ou, plus exactement encore, la thèse de la mythologie, de l'enracinement de la logique dans le sol de l'idéal, devrait permettre de désigner ce troisième terme toujours refoulé des débats sur la logique juridique et qui pourtant les travaille de l'intérieur.

Les auteurs qui seront abordés dans cette étude -essentiellement MM. Kalinowski et Perelman, représentant respectivement la position formaliste et la position anti-formaliste- ont été choisis en raison du haut degré d'élaboration théorique de leur pensée ainsi que de l'exemplarité de la querelle qui les a opposés, querelle dont l'exposé devrait rappeler les différentes thèses qui sous-tendent les positions en présence.

Les études de MM. Kalinowski et Perelman, que nous étofferons d'ailleurs par des emprunts aux thèses d'autres représentants de la logique juridique, doivent être considérées comme des "types idéaux" d'une problématique globale dépassant de loin l'individualité des deux auteurs confrontés. La querelle qui les oppose est en effet absolument structurante de la problématique qui nous intéresse.

Très significative de ce phénomène est l'enquête à laquelle s'est livrée en 1966 la revue "Archives de philosophie du droit" (1) pour lancer son numéro consacré à la logique juridique.

Les deux questions que contenait cette enquête méritent d'être reproduites in extenso; leur lecture fera immédiatement apparaître la partition théorique du problème, ce qui n'a pas manqué d'orienter de manière décisive l'ensemble des réponses de l'enquête, sans que

(1) Archives de philosophie du droit, La logique du droit, t.XI, Paris, 1966, pp.204 et sv.

d'ailleurs aucun des intervenants au débat n'ait songé à mettre en cause la manière dont les questions étaient posées. Voici ces questions :

- 1) Quel profit les juristes peuvent-ils espérer de l'étude de la "logique moderne"? En quelle mesure, dans quelles limites cette logique trouve-t-elle application dans le droit?
- 2) Existe-t-il une autre "logique" qui puiserait son inspiration, notamment dans les anciennes théories de la controverse dialectique ou dans les traités de l'argumentation de la rhétorique? Dans les raisonnements des juristes, quelle part tient la déduction stricte, et quelle autre la discussion entre les opinions diverses?

Et d'autre part de quel usage peut être en logique juridique la "dialectique" au sens moderne hégélien et marxiste du mot?

Voilà donc ouverte l'alternative stérilisante : le choix entre une option formaliste et une option non-formaliste. A la rigueur, la porte reste ouverte à un compromis dans la détermination de "parts" respectives à chacune de ces deux versions de la logique. Enfin, ultime concession à une perspective différentielle, une ouverture est ménagée à l'approche marxiste du problème de la logique juridique; on remarquera cependant que cette allusion à la théorie marxiste est rangée dans la question censée déboucher sur l'établissement de la nature non formelle de la logique juridique, ce qui est lui refuser par avance tout statut novateur.

Très significative également de l'impossibilité de penser le rapport droit-logique autrement que sous la forme d'une confrontation, est la tentative de synthèse, proposée par M. Brimo, à l'issue d'un congrès de philosophie du droit comparé consacré à la logique juridique. Risquant "quelques observations sur la situation actuelle de la logique" (2), M. Brimo observe qu'essentiellement

(2) M. BRIMO, "Logique juridique et méthode juridique" in La logique juridique, travaux du II^e colloque de philosophie du droit comparé, op.cit., 1967, p.222.

deux solutions sont proposées par les logiciens du droit : d'une part la direction ouverte par M. Perelman pour qui "le raisonnement juridique ne peut être entièrement réduit à un raisonnement de type démonstratif" ce qui implique que "la logique juridique ne peut se consacrer à l'aspect formel du raisonnement juridique mais doit analyser l'argumentation dans son contexte" et d'autre part la direction suivie par les logiciens déontiques, comme M. Kalinowski, qui font "la plus large place, dans le droit, à la logique formelle" (3). Reprenant à son propre compte le dualisme observé, M. Brimo conclut : "Quelle que soit l'ampleur de l'effort accompli (par les logiciens), le juriste garde le sentiment que dans sa logique, il reste une part d'impressionnisme irréductible et dans sa méthode, une part d'artisanat" (4).

Confrontés à la controverse qui nous occupe, certains chercheurs se sont appliqués à en désamorcer l'objet en mettant en lumière l'idée que le "désaccord dérive dans une large mesure, de différences de terminologie" (5). L'idée, défendue notamment par M. Horovitz, est la suivante : formalistes et anti-formalistes s'accordent à considérer la logique en général comme "étude du raisonnement" mais, alors que les seconds s'intéressent au raisonnement comme activité discursive humaine, les premiers se consacrent à l'étude du produit linguistique de cette activité. De telle sorte que, à propos de la logique juridique, les formalistes font abstraction du contexte réel (humain et institutionnel) du raisonnement juridique pour se concentrer sur ses aspects sémantiques et syntaxiques tandis que les anti-formalistes s'intéressent essentiellement à l'aspect pragmatique du raisonnement (6).

(3) M. BRIMO, ibidem, pp.220-221.

(4) M. BRIMO, ibidem, p.222.

(5) J. HOROVITZ, "La logique et le droit" in Logique et Analyse, oct. 1967, p.43; cf. aussi F. PUY, "La notion de logique juridique" in A.P.D., 1966, p.239 : "à notre avis la cause des désaccords est fondamentalement une : "l'équivocité des notions de logique juridique"; cf. aussi, en ce sens, S. SIMITIS, "Zum Problem einer juristischer Logik", Ratio, 1960 (3), p.54.

(6) en ce sens, cf. J. HOROVITZ, "La logique et le droit", loc.cit., p.46.

Il apparaît alors que la querelle procède d'un malentendu relatif au terme "raisonnement"; une fois levée l'équivoque qui affecte ce terme, la controverse peut se dissoudre puisque tant est que les uns et les autres suivent deux voies parallèles, non concurrentes, qu'on pourra même qualifier de "complémentaires". Aussi pertinent soit-il, nous ne pouvons accepter ce point de vue. D'abord, parce que, cantonnant chaque courant dans sa sphère propre, cette présentation évacue le problème du rapport droit-logique ou, à tout le moins, reporte sa solution au jour lointain où les deux versions concurrentes articuleront leurs approches "parallèles mais complémentaires".

Ensuite parce que cette solution ne correspond pas à l'état réel des problématiques en présence, dont nous verrons que c'est en leur propre sein qu'elles reproduisent le dualisme (logique formelle et "autre chose" ou encore syntaxique-sémantique et pragmatique); chacune de ces deux tendances ayant, en quelque sorte, prétention à répondre de l'ensemble du problème et se parant de surcroît du qualificatif, entraînant connotation positive, de "logique".

Nous voilà donc renvoyés à l'étude des courants de pensée en présence et de leurs implicites.

Section 1. M. Kalinowski et le courant formaliste.

Se saisissant de l'expression "logique juridique" remise à l'honneur par l'école de Bruxelles à l'occasion d'une étude collective (7), M.Kalinowski réagit, dans un premier temps, par une fin de non recevoir : il n'y a pas plus de logique juridique que de logique biologique; la logique est une et il y a seulement des applications de celle-ci au domaine juridique, au domaine biologique, etc... Commentant cette étude intitulée "Essais de logique juridique", M.Kalinowski écrit : "dans toute cette discussion, on ne trouve rien qui témoigne de lois logiques spéciales juridiques, de règles logiques spéciales juridiques, de logique spéciale juri-

(7) "Essais de logique juridique" in J.T., 1956, p.261 et sv.

dique. Au contraire, on voit nettement que les raisonnements entre lesquels les discutants hésitent sont en réalité d'application universelle" (8). Et l'auteur de réfuter deux arguments traditionnellement avancés par les non-formalistes : c'est d'abord l'idée que le raisonnement juridique déborde la logique formelle, parce que, à tout instant, il introduit de nouvelles prémisses, ce à quoi M. Kalinowski répond : "On peut introduire une nouvelle notion ou un nouvel axiome dans n'importe quel système déductif, logique, mathématique, philosophique ou autre" (8). Et ensuite la thèse selon laquelle le raisonnement juridique est plus souvent analogique que strictement déductif, ce qui n'est pas de nature à ébranler notre auteur qui observe "on peut raisonner par analogie non seulement en interprétant la loi humaine mais aussi en mathématique, physique, chimie,..." (8).

Suite aux réactions provoquées par cette prise de position (9), M. Kalinowski va néanmoins être amené à nuancer quelque peu son point de vue (10) : au terme d'une étude approfondie des règles d'interprétation juridique, il en arrive à la conclusion que si ces règles suivent les schémas logiques classiques, elles sont, avant tout, subordonnées à des impératifs extra-logiques du

- (8) G. KALINOWSKI, "Y a-t-il une logique juridique?" in Logique et Analyse, janvier 1959, n°5, p.52; on trouve la même opinion chez U. KLUG, Juristische Logik, 3è éd., Berlin, 1966, p.7 : pour cet auteur aussi la logique juridique est une logique pratique consistant dans l'application au droit des règles de logique pure ou théorique, qui est une logique générale; cf. aussi H. KELSEN, "Law and Logic" in Essays in legal and moral philosophy, collected by O. WEINBERGER, Dordrecht-Boston, 1973, p.251.
- (9) cf. notamment, R. FEYS et M.T. MOTTE, "Logique juridique, systèmes juridiques" in Logique et Analyse, n°6-7, pp.143-147; C. PERELMAN, "Logique formelle, logique juridique" in Logique et Analyse, n°11-12, pp.226-230; J.GREGOROWICZ, "Argument a maior ad minus et le problème de la logique juridique" in Logique et Analyse, 1962, pp.66-75.
- (10) Comme il le reconnaît d'ailleurs ouvertement lui-même : cf. G. KALINOWSKI, Introduction à la logique juridique. Eléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique, Paris, 1965, p.39, note 13.

type : "il faut interpréter conformément à l'intérêt social" de telle sorte que cette "pratique interprétative", qui est un "art", ne peut être appelée logique que par analogie (11). Telle est la thèse que M. Kalinowski maintiendra dans tous ses ouvrages ultérieurs : en tant que "logique", la logique juridique n'est qu'une application de la logique formelle, mais en tant que "juridique" elle reste rationnelle et peut être dite logique par analogie (12). Sous cette double version, la logique juridique regroupe l'analyse de raisonnements juridiques de contrainte intellectuelle (ou raisonnements logiques), de raisonnements juridiques de persuasion (raisonnements rhétoriques) et de raisonnements juridiques basés sur des prescriptions, fictions et présomptions établies par la loi (raisonnements extra-logiques) (13).

Nous constatons donc un effort théorique très net en vue de ramener l'étude du raisonnement juridique sous tous ses aspects dans les voies de la logique, même si, comme nous le verrons, M. Kalinowski, conscient des limites des formalismes, ménage une place non négligeable aux facteurs matériels dont c'est l'oeuvre de la "prudence" du juriste que de les canaliser dans une voie qui, pour n'en être pas strictement logique, n'en est pas moins rationnelle.

Pour accroître le champ d'application du formalisme, M. Kalinowski s'attache à montrer que la logique ne se limite pas à l'étude du raisonnement déductif et contraignant. Il rappelle que peuvent être également appelés formels les raisonnements qui ne conduisent qu'à une conclusion probable, tels les raisonnements réductifs, statistiques, par analogie et d'induction incomplète (14). Plus généralement, il soutient que l'étude de la logique juridique (au sens propre et au sens analogique) doit être précédée par l'

(11) G. KALINOWSKI, "Interprétation juridique et logique des propositions normatives" in Logique et Analyse, n°6-7, p.142.

(12) G. KALINOWSKI, "De la spécificité de la logique juridique" in La logique du droit, op.cit., n°11, 1966, pp.22-23; Introduction à la logique juridique, p.39.

(13) G. KALINOWSKI, Introduction à la logique juridique, op.cit., p.142

(14) G. KALINOWSKI, op.cit., p.143.

approche de la sémiotique juridique et de la logique déontique, pour s'élever au rang de "discipline rigoureuse" (15).

La sémiotique juridique étudie le langage juridique -langage du droit et langage des juristes- sous le triple éclairage de la syntaxique, de la sémantique et de la pragmatique. La syntaxique du langage du droit analyse notamment les propriétés d'indépendance, de complétude, de cohérence du système juridique. Quant à la logique déontique, elle fournit les règles logiques des raisonnements normatifs, c'est-à-dire des raisonnements comportant une norme dans leur conclusion et dans une de leurs prémisses ou les deux. C'est évidemment ce secteur de la logique juridique qui se prête le mieux à la formalisation et qui fait aujourd'hui l'objet de multiples recherches dans la voie ouverte par MM. Von Wright, Anderson, Prior, Kalinowski, Gardiès, etc...

Notre propos ne sera pas d'exposer les premiers résultats auxquels ont mené ces travaux qui, le plus généralement, s'effectuent sans grand souci de leurs retombées au plan de la pratique juridique. C'est l'originalité de la position de M. Kalinowski que d'adjoindre à ces analyses de logicien, une réflexion de philosophe sur la nature du rapport droit-logique. Or, précisément, l'éminent logicien soutient que l'étude de la sémiotique juridique et de la logique des normes doit intéresser le juriste au motif que ces disciplines "déterminent les relations dont dépendent d'une part la cohérence du système de droit et d'autre part, la rectitude des raisonnements juridiques intervenant dans l'élaboration, dans l'interprétation et dans l'application du droit" (16).

Il ne faudrait pas en déduire pour autant, qu'inscrit dans ce cadre contraignant, le raisonnement juridique soit dépourvu de souplesse et de spécificité. C'est à cette démonstration que s'attache M. Kalinowski. Il faut d'abord remarquer que, dans l'arsenal des schémas logiques, le juriste ne puise que fort peu de modèles de raisonnement : non qu'il soit délivré du "joug" de la logique, mais bien plutôt parce que le type de démarche qu'il met en oeuvre n'exige pas le recours à des règles logiques complexes.

(15) G. KALINOWSKI, op.cit., p.7.

(16) G. KALINOWSKI, op.cit., p.6.

D'autre part, il est remarquable que la plupart des raisonnements juridiques ne conduisent qu'à des solutions probables; c'est que leurs prémisses ne sont que des jugements probables, ce qui renvoie au caractère "problématique" de la discursivité juridique. Enfin, troisième particularité de l'usage de la logique dans la pensée juridique : la plupart des concepts juridiques manquent de clarté ou de netteté, ambiguïté qui, fatalement, se transmet aux jugements juridiques, aux prémisses et aux conclusions (17). A ces divers traits spécifiques s'ajoute encore le fait que les démarches intellectuelles juridiques, même les plus simples, articulent le plus souvent une cascade de raisonnements successifs. Ainsi le raisonnement "principal" menant à la solution finale (comme le dispositif du jugement) est-il précédé par plusieurs raisonnements "préalables" conduisant à l'établissement des prémisses du raisonnement principal (18). Soulignant cela, M. Kalinowski répond à l'argument central des non-formalistes selon lesquels le rôle de la logique formelle est limité en droit dans la mesure où l'essentiel consiste à établir les prémisses et cela grâce à des procédures argumentatives plus que démonstratives. L'éminent logicien concède cependant qu'il arrive un moment dans le raisonnement juridique où la logique formelle le cède à d'autres types de règles: topiques, arguments, règles extra-logiques, exerçant une indispensable fonction heuristique et pour l'étude desquels M. Kalinowski renvoie aux travaux de M. Perelman.

C'est le second versant de la pensée de M. Kalinowski; en ce point s'arrêtent en général les travaux des formalistes, comme par exemple ceux de M. Klug, concluant son ouvrage magistral de logique juridique sur ce constat de carence : "il y a entre le logique et le téléologique une interdépendance réciproque dont l'

(17) Sur tout ceci, cf. G. KALINOWSKI, De la spécificité de la logique juridique, loc.cit., pp.20-21.

(18) G. KALINOWSKI, "Le raisonnement juridique et la logique déontique" in Actes du colloque de Bruxelles, 22-23 déc. 1969, Etudes de logique juridique, publiées par C. PERELMAN, vol.IV, Bruxelles, 1970, p.7.

analyse exacte demeure un problème ouvert" (19).

C'est cette béance que M. Kalinowski va tenter de surmonter, au nom de l'unicité de la raison qui s'oppose à ce que le jeu d'arguments et de règles extra-logiques se réduise au jeu de puissances irrationnelles. Il y a chez M. Kalinowski, comme chez beaucoup de logiciens, une conscience nette des limites de la logique formelle que leur grande honnêteté intellectuelle les amène à reconnaître et cela en dépit même de leurs tentatives, parfois couronnées de succès, d'en reculer les frontières.

Mais se pose alors la question de savoir au service de quoi opère la logique; qu'est-ce qui à son tour ordonne les règles non-logiques qui, opérant comme principes heuristiques, déterminent les inférences juridiques? Ce questionnement pointe évidemment vers le foyer de sens de la rationalité juridique entraînant un ébranlement majeur de la pensée et découvrant le vertige de l'irrationalité. C'est, selon nous, pour conjurer ce péril et rassurer le droit sur ses bases que M. Kalinowski tente résolument de répondre à ces questions non seulement en avalisant les analyses de l'Ecole de Bruxelles concernant la rhétorique juridique mais encore en prétendant approfondir celles-ci en les rattachant à la tradition iusnaturaliste.

C'est dans l'enseignement thomiste qu'il puisera ses certitudes : le droit est rationnel ou doit l'être (20); s'il y a diversité de lois, il ne peut y avoir, en fin de compte, contradiction (21). Cela n'est qu'un aspect de l'oeuvre pratique de la "ratic

(19) U. KLUG, Juristische Logik, 3è éd., Berlin, 1966, p.156; du même auteur : "la logique est un des éléments du juridique mais non son unique principe d'explication", ibidem, p.137.

(20) G. KALINOWSKI, "Métathéorie du système des règles de l'agir" in Revue de l'université d'Ottawa, 31è année, 1961, pp.186 et 187, note 4.

(21) G. KALINOWSKI, ibidem; cf. aussi "Compte rendu de l'ouvrage "Les antinomies en droit"" in Archives de philosophie du droit, n°11, 1966, p.368 : "si donc l'unité ontique de tout être (...) qui caractérise l'homme dont la raison ne peut tolérer aucune contradiction quelle qu'elle soit et où qu'elle se manifeste, en droit ou en logique, est une réalité s'imposant à tout esprit sans parti pris philosophique, elle appelle une unité horizontale et verticale de l'ordre juridique mondial".

par quoi l'homme est guidé vers sa fin (bonne) préalablement établie par Dieu. De la considération de la vraie nature de l'homme se dégage une loi naturelle qui doit inspirer la loi positive et faire se dissoudre les éventuelles antinomies qu'elle recélerait. Telle est la vertu de la raison qu'elle discipline même le sentiment et la volonté, orientant dès lors l'échange des arguments dans la voie des solutions raisonnables : "il est rationnel pour l'homme, animal raisonnable, de se laisser guider selon les cas, aussi bien par le sentiment ou par la volonté lorsque ces puissances, irrationnelles parce que distinctes de la raison, ont cependant acquis une disposition de collaboration harmonieuse avec celle-ci, que par la raison elle-même. C'est pourquoi la pratique au sens propre n'épuise pas le domaine du rationnel et par ailleurs la rhétorique et l'argumentation ne sont pas vouées à l'irrationnel" (22).

Cette "disposition de collaboration harmonieuse" entre la raison et le sentiment, M. Kalinowski la désigne du terme de prudence. Prudence qui guide le législateur mais aussi l'interprète qui prolonge son oeuvre; en elle le juriste trouvera la "recta ratio agibilium" (raison pratique droite discernant avec sûreté ce qui est à faire) (23) ou encore "l'ultime garantie de l'intégrale rationalité du raisonnement juridique"(24). Ainsi c'est la prudence qui inspirera le choix des directives primaires de l'interprétation juridique, ces règles extra-logiques auxquelles se subordonnent les schémas logiques du raisonnement (25). C'est la prudence qui, tenant compte de la nature des choses, assure "non seulement le respect du droit positif mais encore son harmonie totale avec le droit naturel" (26).

(22) G. KALINOWSKI, Introduction à la logique juridique, op.cit., p.39.

(23) G. KALINOWSKI, ibidem, p.161; cf. aussi G. KALINOWSKI, "Application du droit et prudence" in A.R.S.P., 1967, pp.161 et sv.

(24) G. KALINOWSKI, "De la spécificité de la logique juridique", loc.cit., p.23.

(25) G. KALINOWSKI, Introduction à la logique juridique, op.cit., p.162.

(26) G. KALINOWSKI, ibidem, p.170.

Telle est, brièvement évoquée, la conception du rapport droit-logique défendue par M. Kalinowski. Cette conception fait clairement apparaître son dualisme et son idéalisme : la juxtaposition de l'ordre logique et de l'ordre extra-logique (domaine de la pragmatique) témoigne bien de la bipolarité théorique dénoncée en même temps que sa nécessaire auto-suppression dans la mesure où une telle bipolarité est travaillée, tant au plan pratique qu'au plan théorique, par la mytho-logique. M. Kalinowski rend compte de ce dépassement, au prix d'une fuite dans l'univers idéal et réconcilié de la loi naturelle entraînant une subordination de la raison contraignante à la raison prudente. Comme l'a remarqué très lucidement M. Gregorowicz (27), il y a, à la base de la position de M. Kalinowski, le postulat de la moralité du droit et de la rationalité de ses interprètes; sans doute cette position permet-elle l'aboutissement à une synthèse sécurisante mais il faut bien reconnaître qu'elle est entièrement tributaire d'un a priori philosophique idéaliste.

La lecture de M. Kalinowski se sera néanmoins révélée utile à un triple point de vue :

- 1) les recherches de M. Kalinowski logicien (et en général de tous les représentants du courant formaliste) contribuent à une meilleure connaissance du fonctionnement réel du raisonnement juridique. Il en résulte notamment que ce raisonnement est, pour une bonne part, analysable dans les schémas de la logique formelle.
- 2) l'insistance de M. Kalinowski à démontrer la rationalité de la sphère rhétorique et topique (ce en quoi il rejoint, comme nous le verrons, les non-formalistes) témoigne de l'importance de l'enjeu pour la rationalité juridique en général : il ne s'agit de rien moins que d'écarter le péril de l'irruption de l'irrationnel (idéologie, arbitraire, erreur, violence...). Ce en quoi M. Kalinowski s'inscrit dans la grande tradition de la pensée juridique, préposée depuis toujours à la censure de cette hypothèse.

(27) Opinion émise par J. GREGOROWICZ à l'occasion d'un séminaire qu'il dirigea à l'Institut supérieur de philosophie de Louvain, le 28 avril 1978 et qui portait sur le thème: "les présupposés philosophiques de la formalisation du raisonnement juridique".

3) dans la même ligne, l'invocation de l'ordre naturel, "garant ultime de la rationalité", inspirateur de la "recta ratio agibilium", n'est pas sans entraîner un certain retour de l'idéal logicien, non plus au plan technique mais bien au plan, plus essentiel, des motifs mêmes qui inspirent l'action. La prudence a, chez M. Kalinowski, une connotation logicienne (contrairement à la prudence au sens où l'entendra M. Perelman) : elle contribue notamment, par référence à l'ordre idéal de la loi naturelle, à lever les contradictions qui affecteraient la loi positive. Si cette lecture ne sollicite pas trop le texte de M. Kalinowski, on pourra dire alors qu'en quelque sorte par ~~d~~vers lui, l'éminent logicien laisse percer quelque chose de la vérité que nous rappellera Legendre : l'idée que les idéaux logiciens, loin d'assurer seulement la rectitude a posteriori de raisonnements qu'"autre chose" inspirerait, les polarisent et fascinent au titre des plus contraignants principes heuristiques.

Il est une seconde tentative, issue du courant formaliste, de dépasser le stade des études purement logiques pour risquer une thématization des rapports droit-logique : c'est celle proposée récemment par M. Horovitz.

M. Horovitz, qui consacre sa thèse à un examen détaillé de l'état de la controverse qui nous occupe telle qu'elle se développe dans les sphères allemande, belge et anglo-saxonne, aboutit à la conclusion qu'on n'est pas encore parvenu à une formalisation satisfaisante du juridique faute de distinguer clairement les indéniables spécificités du raisonnement pratique de sa nature rationnelle de principe (28). Si l'on s'en tenait à la thèse de la nature rationnelle de principe du raisonnement juridique, constate l'auteur, on pourrait soutenir de façon conséquente une position formaliste en droit, ce qui n'est jamais le cas, même d'un auteur comme M. Klug qui finit par céder à des considérations

(28) J. HOROVITZ, Law and Logic, Wien, New-York, 1972, p.77.

pragmatiques (allusion au dualisme logique/téléologique déjà exposé) (29). Rien d'étonnant dès lors à ce que la position dominante dans le débat soit occupée par les anti-formalistes privilégiant les considérations axiologiques et l'intuition sur la reconstruction rationnelle.

Dans ces conditions, le problème majeur, pour les formalistes, consistera à formaliser ces évaluations juridiques (30). Non que M. Horovitz soit inconscient du caractère argumentatif du raisonnement juridique et, du fait même, du jeu de facteurs économiques, sociaux, politiques etc... qui en articulent le fonctionnement. Mais sa thèse essentielle est que de tels facteurs présentent nécessairement un noyau empirique observable, susceptible d'un traitement scientifique et dès lors intégrable dans une formalisation complète du raisonnement juridique. Ce devrait être l'oeuvre de recherches sociologiques que de relever les facteurs et paramètres déterminant la démarche du législateur et du juge, résultats que des études statistiques pourraient ensuite quantifier (31). Sur cette base statistique pourrait alors, sans difficultés de principe, s'effectuer des opérations de logique inductive (ou logique de confirmation) qui, selon M. Horovitz, caractérise essentiellement (c'est-à-dire au niveau même de l'établissement des prémisses) le raisonnement juridique .

C'est également la position de M. Apostel qui plaide vigoureusement en faveur de l'application de la logique inductive au droit (32); à l'appui de sa thèse, M. Apostel fournit un exemple d'une telle application en se saisissant d'un cas réel évoqué par M. Perelman pour démontrer l'impossible formalisation en droit.

(29) J. HOROVITZ, ibidem, p.22.

(30) J. HOROVITZ, ibidem, p.64.

(31) J. HOROVITZ, ibidem, p.70.

(32) L. APOSTEL, intervention orale au colloque de Bruxelles concernant le Raisonnement juridique et la logique déontique in Etudes de logique juridique publiées par C. PERELMAN, vol. IV, Bruxelles, 1970, p.34.

Il s'agit du "revirement de jurisprudence" de l'Unesco à propos du sauvetage des monuments de Nubie. Alors que selon l'acte constitutif de l'Unesco, l'octroi de fonds nécessaires à la réalisation de telles opérations est décidé par un vote à majorité simple, dans le cas des monuments de Nubie, le représentant de la France a obtenu, contre la lettre de l'acte constitutif, un vote à la majorité des deux tiers. Pour M. Apostel une telle anomalie pourrait s'expliquer et même être formalisée : il suffirait de trouver une propriété commune à tous les votes antérieurs (par exemple, concerner des sommes inférieures à tel montant) et, après avoir remarqué que le cas des monuments de Nubie ne concerne pas telle somme, conclure qu'il est probable (la probabilité étant le signe du raisonnement inductif) que le législateur (auteur de l'acte constitutif) n'aurait pas voulu que la procédure de vote à majorité simple s'applique à ce cas exceptionnel. Il est possible ensuite, par la voie d'un raisonnement déontique, d'inférer qu'il est obligatoire de faire ce que le législateur aurait voulu qu'on fasse (33).

Généralisant ce propos, M. Horovitz soutient que la logique inductive "permettrait au juge de comparer rationnellement les mesures de la justice, de l'efficacité, etc... des interprétations diverses d'une loi et de choisir rationnellement, à partir des données du cas, entre les décisions possibles concernant la présence ou l'absence des conditions suffisantes pour l'application de la loi, la gravité du délit, la sévérité de la sanction, etc..." (34). Il apparaît dès lors, selon M. Horovitz, que le grand avantage de la logique inductive est de formaliser (sur base de quantifications sociologiques et statistiques) les choix possibles entre différentes prémisses; ce qui à la fois rendrait compte du stade décisif (heuristique) du raisonnement juridique et désamorcerait l'objection

(33) L. APOSTEL, *ibidem*, p.36.

(34) J. HOROVITZ, "La logique et le droit" in Logique et Analyse, avril 1967, p.45.

traditionnelle des anti-formalistes selon lesquels la logique formelle ne s'occupe que de la validité des inférences mais reste muette quant à la vérité des prémisses.

Bien que M. Horovitz reconnaisse l'état encore embryonnaire des recherches de logique inductive en droit (35), il soutient que ces recherches seraient même susceptibles de rendre compte des évaluations axiologiques (tel l'appel au sentiment moral) à l'oeuvre dans l'argumentation juridique au motif que ces évaluations reposent sur une "corroboration psycho-sociologique" susceptible de "confirmation empirique" (36).

Que penser de cette présentation? L'expérience montre qu'il est absolument vain de prétendre dissuader un effort scientifique en invoquant la difficulté, voire l'impossibilité de ses objectifs; aussi ne nous appesantirons-nous pas sur les problèmes très réels que la constitution d'une logique juridique de confirmation liée à une quantification des paramètres déterminants posera nécessairement. Bien au contraire, nous partons de l'hypothèse de la réussite d'une telle tentative théorique, pour souligner les dangers (virtuels puisque nous ne disposons pas encore d'exemple d'une telle réalisation) de déviation qu'elle recèle. L'idéal de quantification des facteurs qui interagissent au plan de la décision juridique ne devrait par exemple pas faire oublier, dans la foulée d'un empirisme naïf, qu'il n'est jamais de réel "brut" d'où se découpent "naturellement" les objets du savoir. Autrement dit, le choix des paramètres et leur mise en relation sont nécessairement fonction des modèles psychologiques et/ou sociologiques mis en oeuvre, modèles déterminés en dernière instance par leur position (interprétation) philosophique sous-jacente. Par ailleurs, la formalisation des données ainsi recueillies de même que leur justification ultérieure ne doivent pas faire oublier non plus l'idéologie implicite des modèles mathématiques mis en oeuvre, tels ceux -de type probabiliste précisément-

(35) J. HOROVITZ, Law and Logic, op.cit., p.128.

(36) J. HOROVITZ, "La logique et le droit", loc.cit., p.49.

proposés par la théorie des jeux (37). Le danger est que le statut d'apparente évidence qu'on accorde généralement aux faits d'expérience ainsi qu'à leur traitement statistique, ne masque, d'une part, les déterminants implicites qui opèrent au plan du "réel" et, d'autre part, le jeu des facteurs moins aisément quantifiables qui se manifestent dans la genèse du raisonnement juridique.

Si l'on veut reprendre l'exemple des monuments de Nubie, exposé par M. Apostel, on observera qu'il s'articule autour de la notion de volonté du législateur (rationnel) qui "ne peut vouloir qu'une procédure courante s'applique à un cas exceptionnel". Cette notion, présentée comme allant de soi, n'est ni discutée, ni formalisée; or elle constitue assurément le pivot du raisonnement. Il s'agit là, une fois de plus, d'une manifestation de ces "idéaux logiciens" qui, selon nous, déterminent en profondeur la genèse du raisonnement juridique et que la référence unilatéralement psychosociologique de M. Horovitz risque en définitive d'occulter, ce qui, évidemment, ne manque pas d'être paradoxal dans le chef d'un auteur qui vise à une intégrale formalisation de la démarche juridique.

Nous voyons donc, en conclusion de cette section consacrée au courant formaliste, qu'aucun des théoriciens abordés ne fait droit aux idéaux logiciens dont nous avons eu l'occasion, dans la première partie de notre étude, de montrer l'efficace tant au plan de l'organisation judiciaire qu'au plan de l'interprétation de la loi. Soit on se maintient à l'affirmation pure et simple du problème : c'est la position de M. Klug qui se contente d'affirmer qu'entre "logique et téléologique il y a une interdépendance dont l'étude demeure un problème ouvert"; soit on s'efforce de surmonter le dualisme : c'est la fuite "vers le haut" que propose M. Kalinowski, trouvant, dans l'ordre naturel, le champ privilégié où la prudence des juristes puise la matière de ses inférences, ou alors c'est la fuite "vers le bas" que suggère M. Horovitz, désignant le réel psychosociologique comme foyer des déterminations de la décision juridique. Objets de substitution maladroitement proposés en échange du thème forclos de la mythologie.

(37) Pour l'analyse de l'idéologie sous-jacente à la théorie des jeux, cf. M. PLON, La théorie des jeux, une politique imaginaire, Paris, 1976.

Demeure donc entier le problème du rapport droit-logique; les formalistes reconnaissant en définitive que la logique (comme eux la conçoivent) n'épuise pas la rationalité juridique, le champ est libre pour le courant non-formaliste qui va s'employer quant à lui à réduire encore cette part du logique dans la discursivité juridique.

Section 2. M. Perelman et le courant non-formaliste.

Soucieux de ménager au raisonnement juridique une place spécifique dans le champ du rationnel, les tenants du courant non-formaliste s'emploient soit à récuser l'étiquette de "logique", soit à la dévaloriser, soit à la refaçonner dans un sens nouveau, mieux conforme à cette spécificité.

MM.K.Engisch et E.H.Lévi qui consacrent leurs études au raisonnement juridique, conscients de la distance qui sépare la logique classique de la logique juridique (dont E. Ehrlich disait qu'elle n'avait rien de commun avec la logique classique si ce n'est le nom) (38), préfèrent faire l'économie d'une terminologie aussi ambiguë et intitulent respectivement leurs ouvrages "Einführung in das juristische Denken" et "An Introduction to legal reasoning" (39).

S'inspirant des mêmes constatations, des auteurs comme MM. Simitis et Stone s'attachent quant à eux à dévaloriser la référence logicienne à laquelle pourrait prétendre la démarche du juriste. Parce que le recours à la logique n'est que postérieur à la prise de la décision à laquelle elle se borne à donner une forme déductive, on peut dire que l'argumentation juridique est "pseudo-logique" : telle est la thèse de Simitis qui explique cette "fiction" par la nécessité d'écarter toute impression d'arbitraire qui ne manquerait pas d'apparaître si le véritable motif de la décision, c'est-à-dire, un système d'évaluations concrètes, était réellement

(38) E. EHRLICH, Die juristische Logik, Tübingen, 1918, p.299.

(39) Sur la signification de cette option, cf. C. PERELMAN, Logique juridique.Nouvelle rhétorique, Paris, 1976, p.4.

exprimé (40). C'est la même analyse de l'usage illusoire, fictif et trompeur de la logique dans le raisonnement juridique qui sous-tend l'étude très fouillée de M. Stone (41).

Répondant à la question de savoir comment un système juridique apparemment fermé sur lui-même comme l'est le système de la Common Law, verrouillé par la règle du précédent, a néanmoins pu connaître une extension telle qu'il s'est adapté aux exigences toujours nouvelles du présent, l'auteur croit trouver la solution dans cet usage fictif des procédés logiques. L'apparente rigueur du procédé logique, déduction à partir d'une prémisse contenant une "category of illusory reference", une fois dénoncé le fait qu'elle ne mène pas à une solution nécessaire, cache mal l'irréductibilité d'un choix créateur, conscient ou inconscient, à poser par le juge (42).

L'analyse des multiples versions des "categories of illusory reference" révèle que l'abus de la logique ne consiste pas dans un usage fautif du syllogisme mais dans des affirmations non-garanties relatives aux prémisses, jointes à la prétention que l'interprétation proposée des prémisses est la seule correcte et, partant, mène à des conclusions nécessaires, alors que du point de vue logique, diverses interprétations, et donc divers syllogismes, peuvent être construits avec une égale rectitude (43). Le meilleur exemple

(40) S. SIMITIS, "The problem of legal logic" in Ratio, Oxford, 3, 1960-1961, pp.85-86 : "The fiction that the rules of logic are observed in judgements has great importance, for it tries to avoid the impression that interpretations are arbitrary. The true reason for a judgement, namely the evaluation, is concealed and the way of pseudo-logical argumentation is chosen".

(41) J. STONE, Legal system and lawyers' reasonings, London, 1964.

(42) J. STONE, ibidem, p.241.

(43) J. STONE, ibidem, p.297. L'auteur analyse de très nombreux exemples de "categories of illusory reference"; citons, entre autres, "the legal category of meaningless reference" (catégorie basée sur une distinction qui n'en est pas...), "the legal category of concealed multiple reference" (catégorie se référant à diverses situations parmi lesquelles un choix créateur s'impose) "categories of competing reference" (catégories ayant égale vocation à s'appliquer à un cas...avec des conséquences différentes, voire opposées), "the legal category of concealed circular reference" (catégorie dont la définition se révèle être une simple formulation du definiendum).

de "category of illusory reference" est la ratio decidendi du précédent, toujours susceptible de diverses formulations, chacune de celles-ci donnant lieu, à son tour, à diverses interprétations (44).

A la réflexion, de telles analyses manquent leur objet si elles prétendent réduire la part de la logique (conçue comme technique discursive) dans le raisonnement juridique : un auteur "formaliste" comme M. Kalinowski ne reconnaissait-il pas que les prémisses des inférences juridiques contiennent en règle générale des termes vagues et ambigus et ne peuvent, le plus souvent, bénéficier que d'une vérité probable, ce qui, du même coup, affecte d'une pareille probabilité la solution dégagée de telles prémisses.

La position de M. Stone, pour documentée qu'elle soit, ne manque d'ailleurs pas d'être hésitante : s'il affirme, dans la foulée des critiques les plus courantes du formalisme, que "comme les mathématiques dans la vie des affaires" la logique est, dans la vie du droit, une base nécessaire mais non primordiale (et même "une piètre assurance de succès") puisqu'opérant au service de choix créateurs (45), il en arrive néanmoins, en plusieurs points de son texte, à suggérer l'efficace des idéaux logiciens opérant dans la pensée juridique. Ainsi l'idéal, propre aux juristes, selon lequel le système juridique est, en dernière analyse (c'est-à-dire, après traitement adéquat), dépourvu de contradictions et de lacunes (46), ainsi encore les idéaux selon lesquels l'application du droit aux faits est une opération logique de même que la mise en relation des normes entre elles (47), ainsi, enfin, la croyance à l'univocité du langage liée à la prétention à l'unicité des solutions (48). Bien qu'il s'attache à montrer le caractère illusoire de ces idéaux, M. Stone est bien forcé d'admettre qu'ils jouent un rôle directeur dans la mise en application des systèmes juridiques et s'imposent de

(44) J. STONE, ibidem, p.267.

(45) J. STONE, ibidem, p.35.

(46) J. STONE, ibidem, p.24.

(47) J. STONE, ibidem, p.44.

(48) J. STONE, ibidem, p.35.

manière contraignante aux différentes catégories de juristes (49).

Sur ce plan -celui des idéaux logiciens dont on peut effectivement, sur un plan théorique, montrer le caractère illusoire (le législateur n'est pas rationnel, etc...)- le débat nous semble correctement placé.

On pourrait, dans cette ligne, reprendre la comparaison entre le rôle de la logique dans la pratique juridique et celui des mathématiques dans la vie des affaires : certes la règle à calcul n'a jamais, par elle-même, fait augmenter une marge bénéficiaire mais personne ne niera que la réussite en affaires est d'abord et surtout un "savoir calculer", toute l'économie politique étant d'ailleurs basée sur l'analyse de comportements que guident des calculs d'utilité marginale. De même en droit, s'il est vrai que la technique logique n'a jamais produit une solution adéquate de par sa seule vertu, il apparaît en revanche que l'idéal logicien structure en profondeur la rationalité juridique.

Mais, nonobstant la perspicacité des quelques passages cités, l'auteur déserte ce niveau d'analyse et concentre généralement son attention sur la logique conçue comme technique discursive dont il a évidemment beau jeu de montrer la nature instrumentale et l'inféodation à des choix qu'"autre chose" conditionne (50). N'est-il

(49) J. STONE, ibidem, p.209; il est vrai que l'auteur insiste beaucoup sur le fait que le recours aux "categories of illusory reference" et aux prétentions logiciennes qui en conditionnent l'usage, permet souvent une extension -adaptation réelle du système juridique. Nous lui accordons volontiers ce point, d'autant plus qu'il reconnaît lui-même que de telles adaptations doivent se comprendre comme "change with continuity" ou encore "self-perpetuating self renewal of what the Common Law contains" (p.210), ce qui montre combien le procès d'adaptation du système juridique est auto-contrôlé et donc préservé d'éventuels disfonctionnements.

(50) J. STONE, op.cit., pp.51-52; le souci de se conformer aux idéaux logiciens est, dans ce passage, rapporté à des préoccupations théoriques (du genre de la construction kelsenienne de la pyramide des normes) sans lien avec l'application quotidienne du droit aux faits, alors que, dans d'autres passages, l'auteur suggère, avec raison, l'idée que ces idéaux forment la trame des croyances vécues des praticiens : "such unity as a legal system has is thus multi-fashioned, emerging not from mere logical interrelations of its parts, but from psychological elements of shared beliefs, emotions and aspirations in the community generally or even only its lawyer-class" (p.26).

pas, par ailleurs, quelque peu inconséquent de reconnaître l'efficacité, sinon l'omni-présence, des idéaux logiciens tout en prétendant réduire au statut d'illusion tout ce dispositif rationnel? La démarche correcte n'eût-elle pas plutôt consisté, une fois observée cette prégnance, à s'interroger sur le pourquoi de l'attachement des juristes à ces "illusions"? Un tel questionnement, il est vrai, débouche sur des interrogations fondamentales et implique un bouleversement des catégories acquises puisque ce n'est rien moins que l'interaction du rationnel et de l'imaginaire, du logos et du mythos qui se profile au creux de cette problématique. Il est plus simple, dans ces conditions, d'articuler le passage du plan logique (nécessairement instrumentalisé) au plan de l'équité, des idéologies sociales et de la pesée des intérêts en présence.

C'est une autre voie qu'emprunte le maître de l'école de Bruxelles, M. Perelman. Logicien de formation, il entend rendre compte du fonctionnement effectif du raisonnement juridique et ainsi aborder de front le débat récurrent concernant la spécificité d'une éventuelle logique juridique.

L'originalité de sa position consiste à ménager des bases théoriques nouvelles (ou, selon lui, redécouvertes après Aristote) pour l'exercice de la raison pratique. Se dégagent ainsi, sur base d'une théorie de l'argumentation, les contours d'une logique juridique très éloignée de la logique formelle à laquelle elle ne fait que de modestes emprunts.

L'ambition de M. Perelman étant de conserver la qualification de "logique" pour les raisonnements des juristes (sans doute pour insister sur le fait que ceux-ci ne versent point dans l'irrationnel), sa tâche s'avère double : dénoncer la réduction de la logique à la logique formelle et ouvrir le champ d'une logique non

formelle qui répondrait aux traits de la "nouvelle rhétorique" (51).

La réduction de la logique à la logique formelle a des origines lointaines : elle remonterait au rationalisme de Descartes. La conception cartésienne de la raison, qui fait de l'évidence la marque distinctive de cette dernière, implique en effet que ne soient considérées comme rationnelles que les "démonstrations qui, à partir d'idées claires et distinctes, propagent, à l'aide de preuves apodictiques, l'évidence des axiomes à tous les théorèmes" (52). C'est dans cette ligne, et sous l'impulsion des mathématiciens, que s'est développée la logique formelle comme analyse du raisonnement formel dont la démarche mathématique fournissait l'archétype. Le raisonnement démonstratif, seul susceptible de se conformer à des lois logiques formelles, est ainsi privilégié et s'offre, à la limite, comme modèle rationnel susceptible de contrôles mécaniques (53).

On voit que, suivant en cela un procédé argumentatif classique, M. Perelman, désireux de dénoncer la réduction de la logique à la logique formelle, durcit cette déviation en réduisant à son tour la logique formelle à la logique mathématique. Or, s'il est exact que les développements récents et les plus complexes de la logique formelle tendent à l'identifier à une branche de la méta-

- (51) D'autres auteurs se réclamant du courant non-formaliste conservent aussi le terme "logique" qu'ils qualifient de logique "vitale", de logique "matérielle" ou encore de logique "du raisonnable" : cf. par exemple, L. RECASENS-SICHES, "The logic of the Reasonable as differentiated from the logic of the Rational" in Essays in honor of R. Pound, 2^e éd., 1973, Westport, pp.192 et sv. : "I intend only to emphasize that, apart from the field of systematic or pure logic, there is another logical domain related to human life. I suggest that this logic, which is precisely that of application to the law, be called the "logic of the reasonable", as differentiated from the "logic of the rational" connected with mathematics and physics"(p.205).
- (52) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique, 2^e éd., Bruxelles, 1970, p.2.
- (53) C. PERELMAN, "Logique formelle, logique juridique" in Logique et Analyse, n°11-12, oct. 1960, p.227.

mathématique, il n'est pas moins certain que la partie classique de la logique formelle -celle qui suffit à l'analyse des inférences simples qui sont pratiquées par les juristes- s'est élaborée de manière autonome par rapport au modèle mathématique, même si aujourd'hui elle tente à s'exprimer dans le symbolisme algébrique. C'est ainsi que M. Kalinowski n'hésite pas à étudier, sous l'éclairage de la logique formelle, les arguments classiques des juristes : arguments d'analogie, a contrario, a fortiori, etc...

Selon M. Perelman, une telle démarche "brise l'unité de la logique mathématique : ces arguments ne peuvent en effet servir à une démonstration rigoureuse et l'on ne voit de machine capable de les manier" (54).

Une telle fin de non recevoir nous paraît manquer son objet car elle présuppose que la logique formelle étudie seulement des raisonnements susceptibles de conclusion contraignante, ce qui n'est pas le cas (qu'il suffise de songer aux raisonnements inductifs, réductifs, statistiques etc...).

Quoiqu'il en soit, il est exact -c'est le mérite de M. Perelman de l'avoir souligné- que les raisonnements juridiques ne peuvent être complètement étudiés sous l'angle de la logique formelle qui néglige le contenu des prémisses. L'observation de la pratique juridique révèle à suffisance la nature controversiale de la démarche juridique procédant par échange d'arguments pour et contre une thèse dont l'adoption, toute provisoire, est toujours susceptible d'une remise en question ultérieure; la discussion de la rationalité de telles procédures ne peut donc faire l'économie d'une étude de contenu, d'une évaluation de la force des arguments invoqués en faveur des solutions retenues.

C'est sur base de ce constat que M. Perelman met vigoureusement en doute l'utilité, sinon la pertinence, des analyses menées par les logiciens formalistes toujours suspects à ses yeux de réduire l'aspect argumentatif des raisonnements juridiques (55) :

(54) C. PERELMAN, "Logique formelle, logique juridique", loc.cit., p.228.

(55) C. PERELMAN, Logique juridique. Nouvelle rhétorique, op.cit., p.3.

ainsi qualifie-t-il de "satisfaction puérile" le résultat que l'on peut attendre de la formalisation en forme de syllogisme du raisonnement juridique (56); plus grave : il dénonce le réductionnisme qui affecte les analyses de MM. Klug et Kalinowski, pour lesquels "toute argumentation n'est qu'inférence, au sens de déduction effectuée conformément à des règles préétablies", ce qui évidemment, "n'est pas exact" (57).

L'appréciation nous paraît exagérément sévère -de même d'ailleurs que certains jugements du professeur Esser à l'égard de M. Klug (58)- le mérite des formalistes étant au contraire, comme nous l'avons vu, de mettre en lumière les limites des procédures formelles, désignant par là même l'efficace d'un autre type de contraintes heuristiques.

Cette sévérité de jugement nous paraît jouer un double rôle dans la pensée de M. Perelman. Un rôle polémique dans le cadre général de la controverse qui nous occupe et un rôle théorique qui engage des positions de fond : la suspiscion jetée sur les travaux des formalistes contribue en effet très fortement à relativiser le rôle de la démarche formelle dans le raisonnement des juristes. Ce qui entraînera une double occultation préjudiciable, selon nous, à la correcte élucidation de la rationalité juridique : instrumentalisation de la technique logique réduite au rôle de vêtement formel de l'argumentation assurant son contrôle a posteriori et, le plus souvent, mise entre parenthèses des idéaux logiciens au profit d'une stratégie des arguments forts.

Nous pouvons maintenant aborder le versant positif de la pensée de M. Perelman. Car, une fois relativisé le rôle de la logique formelle, il faut encore déployer le champ d'une autre logique, sous peine d'imputer le fonctionnement de la délibération pratique en général et juridique en particulier aux forces irrationnelles(59).

(56) C. PERELMAN, ibidem, p.3.

(57) C. PERELMAN, ibidem, pp.4 et 5.

(58) J. ESSER, Grundsatz und Norm, op.cit., p.221 qualifie "d'utopique" la prétention de M. Klug à formaliser le raisonnement juridique. Un tel jugement est excessif, selon M. STONE (op.cit., p.301, note 3), parce qu'il ne tient pas compte des limites que M.Klug impose lui-même à sa propre entreprise.

(59) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, Traité de l'argumentation, op.cit., p.3.

C'est dans ce cadre que se situe la théorie perelmanienne de l'argumentation, inspirée de la redécouverte de la dialectique et de la rhétorique chez Aristote.

Deux espèces, l'argumentation et la démonstration, d'un même genre, les techniques discursives rationnelles, peuvent ainsi être reconnues. Leur définition nous est donnée de manière explicite par M. Perelman : l'argumentation est "l'ensemble des techniques discursives permettant de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses que l'on présente à leur assentiment, le terme traditionnel de démonstration étant réservé aux moyens de preuves qui permettent de conclure, à partir de la vérité de certaines propositions, à celles d'autres propositions" (60). Se profilent ainsi plusieurs éléments constitutifs de la rationalité pratique et de son expression logique, l'argumentation.

Le premier élément est constitué par la nature des propositions qui sont l'enjeu du raisonnement. A la différence de la démonstration qui concerne les propositions nécessaires, l'argumentation traite du vraisemblable. Elle concerne des opinions, c'est-à-dire des thèses auxquelles on adhère avec une intensité variable, l'écart étant ainsi marqué avec la valeur de vérité comme signe unique de rationalité. Le discours juridique, dont les termes ne peuvent en aucune manière se réduire à l'univocité (61) et dont les normes elles-mêmes ne peuvent pas toujours prétendre à une existence et une validité assurées (62), relève éminemment de cette technique discursive argumentative.

Le second élément concerne les modes de preuves utilisés. Dans le cadre de l'argumentation, ces preuves sont, à la différence de celles en usage dans la démonstration, non contraignantes. Aussi instaure-t-on, dans le débat judiciaire, un tiers-arbitre dont les décisions, parce qu'elles ne s'imposent jamais avec évidence, sont, d'autorité, présumées conformes à la vérité légale et, à ce titre,

(60) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, "De la temporalité comme critère de l'argumentation" in Le champ de l'argumentation, op. cit., p.41.

(61) C. PERELMAN, "L'interprétation juridique" in Archives de philosophie du droit, t.XVII, 1972, p.30.

(62) C. PERELMAN, "A propos de la règle de droit, réflexions de méthode" in La règle de droit, Bruxelles, p.315.

dotées de "l'autorité de la chose jugée".

Le troisième élément concerne le contexte de l'argumentation. A la différence de la démonstration qui se développe en quelque sorte de manière intemporelle et universelle, l'argumentation est, quant à elle, marquée par son inscription temporelle (63) et par l'auditoire dans lequel elle se produit. Il est essentiel de connaître l'auditoire auquel on s'adresse, de repérer les thèses qu'il est censé admettre et qui vont servir de prémisses à l'argumentation que l'on se propose de développer (64). Aux divers auditoires particuliers s'ajoute "l'auditoire universel" auquel s'adressent les arguments destinés à convaincre tout homme raisonnable. En matière juridique, l'auditoire n'est évidemment pas libre d'adhérer aux thèses de son choix : il est lié par les axiomes admis dans le système juridique en vigueur. C'est d'ailleurs en considération de ces règles que sera évaluée, par l'auditoire des juristes (et plus particulièrement par les juges supérieurs et la Cour de cassation), la conformité au droit des motivations des décisions de justice.

Le quatrième élément, qui pondère le troisième, est relatif à la personnalité de celui qui argumente. Alors que la subjectivité du logicien (et notamment son honnêteté) n'affecte en rien sa démonstration, en revanche, l'argumentation met en jeu la responsabilité et la probité de celui qui argumente. C'est pourquoi des garanties sont prises, dans les Etats démocratiques, pour assurer l'indépendance des magistrats. Cette irruption de la subjectivité dans l'argumentation relativise ce que la nécessaire conformation aux thèses admises par l'auditoire des juristes peut avoir de contraignant. M. Perelman insiste beaucoup sur ce point : "tout système de droit comporte assez d'éléments d'incertitude, donne au juge assez de liberté, et dépend tellement de la conviction intime du juge en ce qui concerne l'établissement des faits, que la person-

(63) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, "De la temporalité comme critère de l'argumentation", loc.cit., p.41.

(64) C. PERELMAN, "Raisonnement juridique et logique juridique" in La logique du droit, op.cit., p.3.

nalité du juge joue toujours un rôle, parfois limité, mais parfois décisif, dans le déroulement du procès et dans son issue" (65).

On le voit : la technique discursive ainsi spécifiée, si elle ne permet en aucune façon d'atteindre des certitudes assurées, répond néanmoins à son objet : inscrire le processus de prise de décision dans un débat rationnel, lui garantissant ainsi l'appui d'un consensus minimum.

La logique juridique est la mise en oeuvre de ce débat, le champ où s'affrontent et se règlent les divers arguments, le creuset d' où se dégage le consensus provisoire sur la solution raisonnable. Cette logique n'est pas celle du système impersonnel du droit : elle est l'oeuvre du juge, personnage indépendant et responsable, réalisant la synthèse du raisonnable en s'inspirant des "valeurs qui sont dominantes" aux yeux de "l'opinion publique éclairée" (66).

Ces analyses de M. Perelman ont rendu les plus grands services à une meilleure élucidation du fonctionnement de la discursivité juridique; avec quelques autres travaux -ceux de M. Villey (sur un mode plus philosophique) et de M. Viehweg (sur un mode plus historique) par exemple- elles contribuent à donner un fondement théorique et conceptuel solide et original au courant non-formaliste (ainsi les concepts d'auditoire, d'argument fort, de temporalité...)

A notre point de vue -celui de l'approche mythologique- l'intérêt des thèses de M. Perelman s'avère double :

- 1) l'accent mis à la fois sur la subjectivité de l'auteur (67) qui argumente et sur les conditions de réceptivité des arguments par l'auditoire, réhabilite, dans le débat sur la logique juridique, la dimension axiologique au sein de laquelle nous désignerons le travail de l'imaginaire. Il est exact (même si nous ne l'entendons pas dans le même sens que M. Perelman) que la logique juridique fonctionne au plan des motifs de l'action en mobilisant les puissances de l'imaginaire.

(65) C. PERELMAN, ibidem.

(66) C. PERELMAN, "La réforme de l'enseignement du droit et la nouvelle rhétorique" in Archives de philosophie du droit, t.XX, 1975, p.165.

(67) J. STONE insistait déjà sur ce point (cf. supra, note 50).

2) en certains points de ces analyses, M. Perelman est conduit à suggérer certains effets induits par la prégnance de ce que nous nommons les idéaux logiciens. Ainsi, quand il reconnaît que le juge est en quelque sorte lié par les thèses admises par l'auditoire des juristes (68), quand il accorde que le juge doit traiter le système juridique comme s'il était complet et cohérent (69), quand il observe la nécessité d'intégrer la décision dans la tradition des précédents (70) ou encore quand il rappelle le primat de la règle de justice exigeant le traitement égal de cas essentiellement semblables (71).

Si l'on approfondissait et articulait ensemble cette double perspective (attention donnée à l'imaginaire et mise en valeur de la raréfaction du discours induite par les idéaux logiciens), on jetterait les bases d'une théorie de la mytho-logique. Mais, suivant une démarche que nous avons déjà repérée au fil de l'analyse de la pensée de M. Stone, M. Perelman va s'employer à conjurer cette hypothèse d'une logique juridique, clôturée et systématisante, parce qu'opérante dans la mouvance d'une figure imaginaire idéalisée. C'est ainsi que le facteur subjectif, que nous intégrons dans une réflexion sur l'imaginaire, est retourné en valorisation de la personnalité du locuteur (le juge en l'occurrence), interprète de la raison pratique. C'est ainsi encore que la systématité juridique, dont nous montrons le rôle heuristique qu'elle exerce sur la pensée juridique par le biais des idéaux logiciens, est présentée par M. Perelman comme un donné avec lequel le juge doit sans doute composer mais de la contrainte duquel il n'a guère de difficulté à s'affranchir. C'est dans ce cadre que, nous l'avons vu, le philosophe de Bruxelles est conduit à relativiser (instrumentaliser) le rôle joué en droit par la logique formelle; ce rejet n'étant lui-même qu'un signe du refus de la prise en compte de l'efficace réelle des idéaux logiciens.

(68) C. PERELMAN, "Raisonnement juridique et logique juridique", loc.cit., p.3.

(69) C. PERELMAN, Les antinomies en droit, Bruxelles, 1965, p.395.

(70) C. PERELMAN, Logique juridique. Nouvelle rhétorique, op.cit., p.7.

(71) C. PERELMAN, "La règle de justice" in Justice et raison, Bruxelles, 1963, p.64.

Nous assistons donc à un retournement de la problématique de la mytho-logique : là où nous désignons la clôture de la systématique juridique, M. Perelman célèbre la souplesse et l'adaptativité de celle-ci; là où nous repérons le travail de l'imaginaire, M. Perelman dégage l'oeuvre de la raison pratique. Comme nous avons tenté de le montrer ailleurs, la clé de l'intelligibilité du système perelmanien réside dans un idéalisme très moderne (72) qui, sous cette forme ou sous d'autres versions moins raffinées, semble bien être la marque de la théorie occidentale du droit.

On voit donc -c'était déjà la leçon tirée de la lecture du courant formaliste- que les thèses étudiées dans cette section ne font avancer la réflexion sur la mytho-logique que malgré et au travers elles : les hésitations et contradictions de M. Stone, tout comme l'insistance de M. Perelman à déplacer l'hypothèse de la mytho-logique (au travers notamment du débat-symptôme sur le rôle de la logique formelle en droit) nous en révèle plus sur celle-ci que le discours "explicite" de ces auteurs qui s'appliquent au contraire à déplacer le débat du terrain de la logique à celui de l'équité et des valeurs sociétaires.

C'est également sur le terrain de cet "ailleurs" -celui de l'idéologie, en l'occurrence- que la théorie marxiste s'est efforcée, avec les mêmes résultats, de rendre compte du fonctionnement de la logique juridique. Une dernière section lui est consacrée.

(72) J. LENOBLE et F. OST, "Les implicites de la théorie du juge raisonnable", loc.cit.; cf. aussi J.R. CAPELLA, "La philosophie d'orientation analytique" in La logique du droit, op.cit., p. 257 : "La construction des notions d'auditoire universel et d'argument fort ne peut se réaliser sans avoir recours à l'expérience psychologique privée ou à des intuitions plus ou moins platonisantes"; sur le "platonisme" de M. Perelman, cf. aussi J. STONE, op.cit., p.335; G. HOTTOIS, "Philosophie du langage et philosophie de l'argumentation" in Revue de métaphysique et de morale, 1977, p.504 : "la notion d'auditoire universel, considérée en soi, comporte un puissant vecteur monologique, l'idée d'un discours final et absolu et participe encore de la mythologie du Livre, même si la Nouvelle Rhétorique sait bien qu'il s'agit là d'une hypothèse, d'une idée régulatrice, d'une utopie peut-être".

Section 3. Conceptions marxistes de la logique juridique.

Ce n'est que très récemment que la doctrine juridique marxiste s'est préoccupée du statut de la logique juridique, problématique jugée auparavant trop technique et trop formelle pour retenir l'attention d'un courant de pensée désireux avant tout de montrer la fonction sociale directe des institutions juridiques. Ainsi, nulle trace d'une réflexion sur la logique juridique dans le grand ouvrage classique de Pasukanis, "La théorie générale du droit et le marxisme". En revanche, deux pensées récentes, celles de M. Miaille et de N. Poulantzas font une large place à la question qui nous occupe. Il sera très révélateur de constater qu'en dépit d'une référence théorique toute différente de celle des auteurs abordés jusqu'ici (le matérialisme historique), la tentative de M. Miaille s'avère également incapable de rendre compte du fonctionnement de la rationalité logique, prisonnier qu'il est de contradictions très semblables à celles déjà observées dans le texte d'un M. Stone, par exemple.

Le point de départ de l'auteur est la distinction nécessaire -rarement précisée dans la théorie du droit classique- entre logique du droit (conçu comme pratique, comme art) et logique de la science du droit. Sa thèse centrale -qui se développe non sans contradiction- énonce que la logique du droit est formelle, tandis que, pour être réellement explicative, la logique de la science du droit se doit d'être dialectique.

Et d'abord la logique "formelle" du droit; la position de l'auteur est (provisoirement) très nette sur ce point : "le mode de conduite de la pensée juridique est indubitablement celui de la logique formelle" (73), phénomène rapporté à la nature globale de la société contemporaine : "le système du droit actuel est celui d'une société capitaliste : l'appareil d'Etat et le personnel qu'il occupe ne peuvent fonctionner que selon les principes de la logique

(73) M. MIAILLE, Une introduction critique au droit, Paris, 1976, p.203.

formelle" (74). Spécifiant ce propos, l'auteur précise qu'il entend le terme "logique" dans un sens restreint ("art de bien conduire sa pensée") (75), mais la description qu'il fait du fonctionnement de cette logique semble bien déborder le cadre de la définition. Pour lui en effet la logique -formelle- du droit recouvre les opérations de définition des termes juridiques, de classification de ceux-ci et des règles en général, de systématisation globale du discours juridique (76). Plus généralement encore, la logique juridique opère la traduction, la transformation du réel en "réel juridique" (77), par quoi il vise tout à la fois les opérations combinées du conceptualisme juridique, du formalisme, de l'interprétation et de la systématisation. Toutes ces opérations étant guidées par l'idéal de la cohérence : "le système juridique travaille ainsi à sa propre unité (...), à une unité qui tente d'exclure les contradictions" (78) ou encore "en logique juridique, il ne peut y avoir plusieurs vérités" (79). Conclusion : la logique formelle est "l'agent de l'autonomie de l'instance juridique" (80).

Mais, suivant la théorie marxiste, une telle autonomie n'est jamais que relative : c'est la tâche de la science du droit, armée cette fois de la logique dialectique, "de montrer ce que la logique formelle occulte" (81). A la différence de la logique formelle, la logique dialectique saisit la réalité dans sa mouvance, sa genèse et ses contradictions. Pour y faire droit, elle se développe selon la technique de la controverse qui cherche "une solution ajustée à la nature des choses mêmes, aux situations particulières, mouvantes de la cause" (82). Une telle approche, si elle

(74) M. MIAILLE, Une introduction critique au droit, Paris, 1976, p.203.

(74) M. MIAILLE, ibidem, p.213.

(75) M. MIAILLE, ibidem, p.201.

(76) M. MIAILLE, ibidem, p.205.

(77) M. MIAILLE, ibidem, p.206.

(78) M. MIAILLE, ibidem, p.205.

(79) M. MIAILLE, ibidem, p.207.

(80) M. MIAILLE, ibidem, p.208.

(81) M. MIAILLE, ibidem, p.213.

(82) M. MIAILLE, ibidem, p.209 : l'auteur cite ici M. Villey.

est appliquée "directement et totalement" au domaine du droit (ce par quoi M. Miaille critique la méthode de Poulantzas, cf. infra) (83) doit entraîner une remise en cause des catégories juridiques (en ce qu'elles ont d'abstrait et d'essentialiste) et, corrélativement, un changement de terrain de la science du droit. En ce terrain nouveau "théorie et pratique sont réconciliées" (84). Ce qui conduit l'auteur à suggérer le profit que la pratique du droit peut tirer de cette logique dialectique : allusion est ainsi faite aux pratiques professionnelles de "rupture" de certains magistrats et avocats qui démontrent "la contingence du droit" (85).

Entraîné par sa démonstration, l'auteur développe alors l'exposé de deux décisions judiciaires aboutissant, sur des questions semblables, à des résultats opposés, le but de l'exercice étant d'illustrer "l'alogique juridique", "les contrariétés de la logique formelle" ou encore "les failles de la logique juridique" (86).

Soucieux de donner statut théorique à ce constat, M. Miaille est conduit à adopter, en guise de conclusion, la théorie de l'argumentation de M. Perelman : "en fait de raisonnement, nous ne trouvons qu'une argumentation" et "la logique juridique comme argumentation, révèle qu'elle est la traduction de projets, d'intérêts, de pratiques contradictoires" (87).

La trajectoire de la pensée de l'auteur, reproduite aussi fidèlement que possible, révèle à suffisance les contradictions qui l'habitent. Pour nous en tenir au plan de la logique du droit, celle-ci est tantôt rapportée à la logique formelle, tantôt à l'argumentation et, au-delà de ces techniques discursives, tantôt à l'idéal de cohérence, tantôt aux intérêts sociétaux contradictoires. Cette contradiction ne s'explique que par la confusion

(83) M. MIAILLE, *ibidem*, p.213.

(84) M. MIAILLE, *ibidem*, p.213.

(85) M. MIAILLE, *ibidem*, p.214.

(86) M. MIAILLE, *ibidem*, pp.214-215.

(87) M. MIAILLE, *ibidem*, pp.225-226.

entre technique logique et idéaux logiciens, confusion dont l'embarras terminologique, déjà signalé, sur le sens des termes "logique formelle" est le signe. Il est clair que dans les premiers développements, M. Miaille vise, avec beaucoup de perspicacité d'ailleurs, les idéaux logiciens de cohérence, d'unité, d'univocité du langage etc...

Mais, faute de thématization suffisante, ces intuitions succombent, quelques pages plus loin, sous le coup des objections de la théorie de l'argumentation.

Reconnaissons que le carcan de la doctrine marxiste de l'autonomie relative du droit, n'encourageait pas l'auteur à poursuivre sa réflexion sur les idéaux logiciens; une telle doctrine conduit au contraire à relativiser ceux-ci, comme "occultant" la réalité. Rangés dans l'ordre de la fiction, ces idéaux doivent céder la place à des analyses plus "explicatives". Se pose alors pour l'auteur le problème de la mise en question des prétentions de la logique formelle; quel meilleur moyen que -argument classique des non-formalistes- d'épingler des contradictions de jurisprudence, témoignage éloquent des limites, des failles, de la logique. S'opère ainsi le glissement au plan de la logique formelle conçue comme technique discursive et l'aboutissement final à la théorie de l'argumentation : l'exposé des deux décisions judiciaires contradictoires met en effet en lumière le rôle limité de la technique logicienne qui se contente de tirer des inférences de prémisses qu'elle ne contribue en rien à élaborer. Mais -c'est cela qui fait l'intérêt des analyses de M. Miaille- l'auteur semble se rendre compte que le procès qu'il instruit à l'encontre de la technique logique est un mauvais procès (puisque celle-ci se contente de travailler, de manière parfaitement correcte, sur des données qui lui sont étrangères) (88) et, tout en continuant à viser la technique logicienne, il en vient à reparler des idéaux logiciens.

Ce que l'analyse des décisions fait apparaître en vérité, beaucoup plus que les limites de la logique formelle que personne ne conteste, c'est à la fois la prégnance de ces idéaux ("malgré

(88) M. MIAILLE, ibidem, p.218.

la contingence des situations, le juriste continue à raisonner en termes d'essence, c'est-à-dire en termes de choses en soi", "les idées a priori, les classifications posées par postulat sont le pain quotidien des études juridiques" (89)) et leur vanité, au regard des contradictions que recèle la vie réelle. M. Jeammaud qui étudie ce passage de M. Miaille arrive aux mêmes conclusions : "la critique (que fait M. Miaille en ce point de son exposé) ne peut donc atteindre que la prétention de parvenir toujours à des conclusions de raisonnement et à des solutions "vraies" par la seule vertu de la logique formelle" (90). Mais ce n'est là - insistons sur ce point- qu'une lecture au second degré du texte de M. Miaille; le sens "avoué" de la démonstration étant de substituer la théorie de l'argumentation au primat de la technique logicienne.

Il y a chez M. Miaille, comme chez bon nombre d'auteurs déjà discutés, une intuition de l'efficacité des idéaux logiciens qui s'accompagne d'un refus de cette hypothèse, (91) : du fait de son

- (89) M. MIAILLE, ibidem, pp.222-223; M. Miaille, dans un autre passage, rejette avec beaucoup de bonheur un autre argument classique des non-formalistes à l'égard des idéaux logiciens : l'argument des revirements de jurisprudence : "dans la logique juridique il ne peut y avoir plusieurs vérités. Il y en a une et c'est précisément pour l'énoncer qu'il (le juge) a été mis en place. Certes cela ne signifie pas que cette vérité est éternelle. Il pourra y avoir des revirements de jurisprudence. Cela toutefois ne change rien, sinon d'inverser les rôles entre celui qui a raison et celui qui se trompe sur le "bon droit" (ibidem, p.207). Or, pourquoi rejeter l'argument du revirement de jurisprudence et succomber à celui de la contrariété entre deux décisions?
- (90) A. JEAMMAUD, "Compte rendu d'une introduction critique au droit" in Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique, 1978, n°2, p.197.
- (91) Il est symptomatique que A. Jeammaud (loc.cit., p.197) qui désigne correctement le lieu du problème impensé par M. Miaille - les idéaux logiciens- rejette à son tour le contenu explicatif de cette hypothèse théorique : "la critique ne peut donc atteindre que la prétention de parvenir toujours à des conclusions de raisonnement et à des solutions "vraies" par la seule vertu de la logique formelle. Mais qui oserait exprimer une telle prétention? Un logicien aussi fêru de logique formelle que M. Kalinowski n'a jamais caché que la validité des inférences menées conformément aux règles de cette logique dépendait de la qualité des prémisses".

optique marxiste, M. Miaille ne peut accepter de penser le fonctionnement du discours juridique dans les termes d'une structuration -fascination logicienne. Or si nous sommes d'accord avec lui pour souligner combien cette structuration peut être en décalage par rapport à la réalité des faits traités par l'ordre juridique, nous ne pouvons le suivre lorsqu'il déserte ce terrain et prétend rendre compte de la rationalité juridique au moyen d'une "logique dialectique" hâtivement présentée sous les traits de la théorie de l'argumentation.

Ainsi s'opère l'ultime glissement dans la pensée de M. Miaille : la logique dialectique, d'abord présentée comme instrument d'analyse de la science du droit, apparaît en définitive comme la technique discursive par excellence des débats juridiques (92) ce qui réalise la confusion, pourtant dénoncée, des deux ordres de logique (logique du droit et logique de la science du droit). La confusion présente cependant un avantage au regard de la thèse sous-jacente de l'auteur : c'est qu'elle réalise intégralement le refoulement du plan formel : il n'est plus question -dans la logique du droit ni dans la logique de la science du droit- des idéaux logiciens, si lucidement entrevus auparavant. D'où opposition de l'auteur avec les thèses de N. Poulantzas (93), autre auteur marxiste, qui, plus rigoureux, fait strictement le départ entre le plan formel nécessaire à l'élucidation "interne" de la rationalité juridique et le plan dialectique nécessaire à l'explication "externe" de cette rationalité dans le cadre sociétairé global.

N. Poulantzas est bien conscient du fait que la spécificité du droit occidental moderne réclame un instrument d'analyse adapté à cette spécificité et susceptible d'en dégager les structures propres; cet instrument, c'est précisément la logique formelle qui nous le fournit (94).

(92) Ce glissement n'a pas échappé non plus à A. JEAMMAUD, loc.cit., p.196 qui dénonce "l'erreur épistémologique" de Miaille.

(93) M. MIAILLE, ibidem, p.212.

(94) N. POULANTZAS, Dialectique hégélienne-marxiste et logique juridique moderne in La logique du droit, op.cit., p.155.

C'est que la spécificité de l'ordre juridique moderne est sa structuration en normes formelles, générales, abstraites dont les rapports entre elles sont de "réglementation stricte". Ce dernier caractère doit être précisé : il assure en effet à la fois l'extension du système juridique et sa fixation diachronique.

Par "réglementation stricte", Poulantzas vise d'une part le fait que le droit règle lui-même, juridiquement donc, les modalités de ses propres transformations (95), ce qui implique que tout produit d'opérations intra-juridiques est encore un produit de cet ordre et, d'autre part, le fait que les relations entre normes se produisent selon les schémas de la logique formelle.

Ce double caractère assure à la fois l'aptitude au changement du système (du fait de sa capacité d'auto-transformation) et le maintien de sa cohérence formelle à raison de sa structuration logique opérée sur base d'un matériau formel, abstrait et général, indépendant donc des déterminations sociétaires. L'ordre juridique peut ainsi "progresser" sans pour autant épouser les contradictions qui marquent la vie sociale : toutes les modifications introduites dans le système juridique ne sont que l'actualisation des virtualités de ce système tandis que sont conjurés les facteurs extérieurs qui entraîneraient un renversement des structures internes de ce système (96).

Soulignons que, dans ces analyses, l'auteur n'est absolument pas dupe des possibilités réelles de la logique formelle conçue comme technique discursive; son étude porte bien sur le plan des idéaux logiciens présentés ici, à juste titre, comme principes de structuration de la rationalité juridique; ainsi remarque-t-il : "la contradiction formelle de deux règles juridiques n'affecte en rien leur cohésion systématique" (97), ce qui suggère bien la séparation entre le plan technique et le plan heuristique.

(95) H. KELSEN a également dégagé ce caractère essentiel du droit moderne, cf. Théorie pure du droit, trad. par C. EISENMANN, Paris, 1962, p.258.

(96) Sur tout ceci, cf. N. POULANTZAS, Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur, Paris, 1965, pp.264-265.

(97) N. POULANTZAS, ibidem, p.265, note (44).

Ce n'est qu'une fois en possession de ces instruments conceptuels explicatifs de la rationalité "interne" du discours juridique, que notre auteur passe au "second moment" de sa recherche qui est l'explication de la genèse de ce discours par son insertion dans l'ensemble des instances sociales dont l'unité est rapportée, en dernière instance, au niveau économique.

Le principe d'explication ultime tient ici dans la thèse -partiellement inspirée de Max Weber- selon laquelle l'état actuel de l'infrastructure, exigeant le plus strict calcul de prévisibilité pour l'action rationnelle des agents économiques, implique un droit prévisible, ce que seul une structuration formelle et cohérente peut assurer (98).

Il n'entre pas dans notre propos de discuter ou développer cette hypothèse explicative. Ce qui importe à nos yeux c'est que Poulantzas est un des rares auteurs qui résiste à la tentation de réduire la portée de la structuration formelle du droit. Son explication en deux temps, qui pourrait être le signe d'une problématique insuffisamment maîtrisée, nous paraît au contraire à la fois conforme à la thèse marxiste de "l'autonomie relative" de l'instance "droit" et respectueuse de la spécificité réelle de la rationalité juridique, même si celle-ci n'est qu'entrevue par l'auteur.

Conclusion.

Le périple accompli dans la littérature consacrée à la logique juridique confirme ce que déjà donnait à penser la formulation des questions de l'enquête des Archives de philosophie du droit. La problématique est traitée selon les lignes d'une controverse récurrente et bloquée en raison d'une position maladroite de la question du statut de cette logique juridique; on ne sort pas en effet d'une réflexion sur le "rôle" ou "l'usage" de la logique formelle "dans" le droit; on repose sans cesse la question du "profit" que le juriste peut tirer de cette logique. Comme si la logique formelle était seulement une technique d'emprunt à l'écart de laquelle le

(98) N. POULANTZAS, ibidem, pp.256 et sv.

discours juridique pourrait -bien ou mal, peu importe- fonctionner et se perpétuer. Or, nous avons vu que la problématique de la logique formelle ne se laissait pas limiter à son aspect technique : elle est en effet inséparable d'idéaux logiciens qui structurent en profondeur le fonctionnement de la rationalité juridique.

Faute de thématiser ce double niveau d'analyse (la logique formelle comme instrument technique et comme principe heuristique), les auteurs opèrent constamment des glissements de plan, parce qu'ils ne peuvent s'empêcher de traiter aussi de cette méta-logique mais, le plus souvent, sous le couvert du débat-symptôme concernant les mérites de la technique logicienne.

Une fois dissipées ces confusions, trois conclusions se dégagent, nous semble-t-il, des études analysées :

- 1) La technique logicienne joue un rôle certain mais limité dans le raisonnement juridique.
- 2) Les idéaux logiciens, en revanche, déterminent de façon prépondérante la démarche des juristes.
- 3) L'ensemble des auteurs analysés (sauf Poulantzas) refusent d'admettre cette nature logicienne de la pensée juridique que leurs études contribuent cependant à mettre en lumière (99).

S'opèrent alors le passage vers des "ailleurs" doués du pouvoir explicatif final : prudence chez M. Kalinowski, faits sociaux déterminables statistiquement chez M. Horowitz, valeurs sociétales dominantes chez MM. Stone et Perelman, intérêts économiques dominants chez M. Miaille.

(99) cf. encore la conclusion de l'ouvrage récent de F.M. SCHROEDER (maître de conférence à l'Ecole Nationale de la Magistrature), Le nouveau style judiciaire, Paris, 1978 : "La logique, pourtant, n'est pas souveraine, elle n'est que servante, auxiliaire de contrôle et élément de précision". Ce type d'ouvrage (notamment la fonction de son auteur et le lieu où il est enseigné) est très caractéristique d'une littérature juridique située à mi-chemin entre la théorie et la pratique, assurant la diffusion du savoir d'un plan à l'autre. On appréciera, dans ce contexte, la portée de la conclusion relative à la logique juridique.

Ce "gommage" de la problématique des idéaux logiciens nous a paru entraîner à son tour une confusion majeure (source, nous l'avons vu, d'innombrables contradictions et hésitations) dans la littérature juridique, consciente de leur efficace et aussitôt soucieuse d'en conjurer la menace.

La suite de notre étude consistera à aborder de front cette problématique; l'enjeu est de donner un statut théorique satisfaisant (qui n'en limite pas la portée) à ces idéaux logiciens, statut théorique qui rende compte aussi de leur nécessaire refoulement par la doctrine juridique.

Paradoxalement, c'est dans les théories de l'irrationnel (psychanalyse et analyse philosophique de l'imaginaire) que nous puiserons les bases de ce statut : une articulation des idéaux logiciens et des mythes fondateurs.

TITRE II

TENTATIVE DE DEPASSEMENT : L'EMERGENCE D'UNE CONCEPTION

MYTHO-LOGIQUE DE LA RATIONALITE JURIDIQUE

CHAPITRE I : POSITION DE L'HYPOTHESE MYTHO-LOGIQUE.

Section 1. L'hypothèse de M. Legendre.

La connaissance scientifique ne progresse qu'à mesure de son distanciellement de l'évidence. Cela est vrai tant pour les sciences exactes que pour les sciences humaines mais est sans doute moins facilement admis pour ces dernières, à raison même de leur caractère herméneutique qui fait que chacun s' imagine en posséder les rudiments alors qu'il n'en véhicule bien souvent que les représentations les plus chargées d'idéologie. Tout véritable progrès dans la connaissance est donc le fruit d'une rupture d'avec les vérités naïves et les modèles idéologiques qui nous entourent. Une telle rupture est obtenue au prix de la construction de concepts nouveaux et de l'élaboration d'hypothèses inédites dont l'ensemble forme une théorie scientifique douée d'une plus ou moins grande vertu d'explication du réel.

Les travaux de M. Legendre, historien des institutions, juriste et analyste, opèrent précisément une rupture importante dans la pensée juridique, du fait de leur enracinement dans le socle théorique découvert par Freud. La fécondité explicative des descriptions de M. Legendre, mais aussi leur degré d'hétérogénéité par rapport aux méta-discours juridiques traditionnels, trouvent leur mesure dans ces hypothèses freudiennes.

Le parcours que nous nous proposons d'entamer à la suite de M. Legendre s'avère, en conséquence, particulièrement périlleux pour le juriste: étrangeté des thèses défendues, difficulté du langage proposé, condescendance pour les approches classiques des phénomènes étudiés. De tels signes, suffisants à n'en point douter pour détourner les juristes de l'étude des textes de M. Legendre, ne révèlent cependant nul pédantisme : ils annoncent l'ébranlement conceptuel caractéristique d'une nouvelle percée théorique offrant à la pensée des champs inexplorés. C'est un des enjeux de cette thèse, résolument placée sous le signe de l'interdisciplinarité, que d'assumer le risque de ce périple théorique et de donner toute leur ampleur, sur le terrain juridique, aux questions articulées dans d'autres langages.

Commençons donc par Freud tant il est vrai que ses concepts opèrent le balisage par où chemine la pensée de M. Legendre.

Pour avoir refusé de prendre le discours manifeste du sujet au pied de la lettre, Freud a pu mettre au jour le travail de l'inconscient. Il en a esquissé le fonctionnement comme grammaire du désir : jeu de pulsions qui n'accèdent à la réalité qu'au prix de divers filtrages et refoulements. Une instance essentielle est ainsi repérée : l'idéal du moi ou surmoi, instance du jugement, héritière du conflit oedipien où se résument nos rapports pulsionnels archaïques avec nos parents, dont le rôle consiste à canaliser les pulsions pour leur permettre l'accès au réel (1). Non sans censure -le mot est lâché- et manipulation du désir par transfert sur l'objet d'amour autorisé.

Le terme de censure évoque les déterminations sociales de l'opération. Freud n'a pas manqué de pousser ses investigations en ce sens. Deux possibilités sont envisagées par Freud : la première dans "Totem et Tabou", la seconde dans "Psychologie collective et analyse du moi". Dans le premier cas, les frères, culpabilisés d'avoir tué le père qu'ils craignent et qu'ils aiment, décident de renoncer à l'objet du désir pour lequel ils s'étaient ligués et en même temps idéalisent le père qu'ils instituent comme Dieu ou totem, emblème transcendant vécu comme fondateur du groupe. La deuxième possibilité, c'est la création du groupe par le chef aimant tous les membres d'un amour égal, façonnant le groupe par l'hypnose ou le charisme, placé par chacun à la place de son idéal du moi. Dans les deux cas s'observe que l'existence du groupe dépend d'un instaurateur idéalisé (chef incarné ou idéologie commune) et exemplaire qui demande à chacun de renoncer à son désir pour se conformer à l'idéal proposé (2).

(1) en ce sens, cf. J. FLORENCE, "Discours psychanalytique et discours juridique : remarques sur l'interprétation" in L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, pp.556 et sv.

(2) en ce sens, E. ENRIQUEZ, "Du crime au groupe, du groupe à l'Etat" in Pouvoirs, 1979, 11, p.45.

C'est donc le concept de "surmoi" qui permettra de penser l'analogie entre l'individuel et le social; sur ce plan il prend nom de "surmoi de la culture" (Kultur Überich) (3).

C'est dans les institutions ecclésiastiques et militaires que Freud découvre les modèles du travail du "Kultur Überich". Y sont à l'oeuvre des discours, soutenus par des séries de symboles, de rituels, de hiérarchies, de liturgies dont le propos est de désigner le tenant-lieu-du-Père, gardien de la toute-puissance, et objet du seul amour licite. De tels discours, opérant directement sur le flux des pulsions, n'en sont pas pour autant incohérents: ils font même l'objet d'un savoir sacré extrêmement rigoureux, aux fins de propager la croyance sociale, diffuser de proche en proche la légitimité, articuler la suite des préceptes et manipuler les menaces primordiales" (AC25).

Ainsi l'analogie entre le sujet particulier en proie à son conflit et soumis à la loi et le jeu institutionnel se soutenant de son savoir sacré, révèle-t-elle l'oeuvre d'une censure, opérant le transfert sur la personne de l'Absent, du Grand Autre, par le jeu d'un ordre dogmatique. Au dogmatisme de la paranoïa, censurant le réel et le désir par tyrannie du surmoi, répond le dogmatisme de la loi sociale absorbant le réel et les libidos sous les catégories du mythe fondamental (4).

Voilà pour les allusions à Freud.

Reste à M. Legendre à inscrire la place du droit dans ce dispositif. La thèse est claire: "Le travail du juriste (...) est exactement l'art d'inventer les paroles rassurantes et d'indiquer l'objet d'amour où la politique place le prestige" (AC25) et encore: "le système juridique fonctionne pour tamiser, décolorer et recolorer,

(3) en ce sens, P. LEGENDRE, L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique, Paris, 1974. Dans la suite du texte, nous citerons cet ouvrage, dans le cours même de l'exposé, par les lettres A.C. mises entre parenthèses.

(4) L'analogie entre clinique individuelle et analyse des institutions doit cependant être maniée avec prudence, comme le précise P. Legendre lui-même ("Le côté droit des choses. Entretien avec P. Legendre", propos recueillis par J. Lenoble et F. Ost, in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1979, 2, p.98).

détruire et reconstruire en vue du grand oeuvre : dresser à l' amour du Pouvoir" (AC38).

C'est dans le droit canon, lui-même inspiré du droit romain, que M. Legendre trouve l'archétype de cette fonction juridique. Mais les modifications ultérieures du discours juridique, nous le verrons, n'altéreront pas l'effet hallucinatoire qui y fonctionne. C'est à l'économie de ce système textuel qu'il faut s'attacher maintenant, non sans rappeler, au seuil de cette entreprise, que les travaux d'histoire de la pensée juridique, que même M. Villey, conduisent à une pareille conclusion (même si M. Villey ne se prononce pas sur l'interprétation analytique du phénomène) : la pensée juridique moderne est encore tributaire de la confusion, opérée par les canonistes du Moyen-Age, entre loi humaine et ordre divin(5). Le texte canonique, renforcé par l'appareil savant scolastique, se produit, nous y reviendrons, comme une redoutable machinerie logicienne apte à absorber le divers et le contingent sous ses catégories. Mais il faut aller plus loin : "Ce qui fait la force attractive de la logique, dit M. Legendre, c'est d'être authentiquement articulée avec un mythe" (AC74, nous soulignons). Les manuels de droit témoignent de ce travail logicien du système mais "la portée mythologique, qui fonde la grammaire et l'échelle des sens, est désormais censurée" (6).

(5) M. VILLEY, "Torah-Dikaion I" in Critique de la pensée juridique moderne, Paris, 1976, pp.20-22 : "Il est habituel d'accuser notamment la philosophie de l'idéalisme allemand, dont nous portons encore l'empreinte, d'être un sous-produit de la théologie, et je pense que la philosophie d'un Kelsen a les mêmes racines. Si l'on remonte aux origines, qui sont médiévales, on a la clé du phénomène : la philosophie juridique de l'Europe moderne est sortie de la théologie" (...) "les théologiens, investis durant le Moyen-Age de la charge de contrôler la totalité du savoir, ne surent penser le droit qu'à travers la loi religieuse, qui seule leur était familière; la doctrine porte la trace de ces malentendus et nous-mêmes n'avons pas fini d'en supporter les conséquences"; cf. encore, du même auteur, in Archives de philosophie du droit, 1973, p.56 : "Notre science du droit se prétend laïque; il se pourrait qu'elle fut docilement l'héritière de ce qu'il y eut de plus clérical dans la théologie chrétienne".

(6) P. LEGENDRE, Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote, Paris, 1976, p.52. Dans la suite nous citerons cet ouvrage, dans le cours même du texte, par les lettres J.P. entre parenthèses.

Mytho-logique : nous y voilà. Le travail du juriste logicien ne consiste pas tant à démontrer la vérité d'une conclusion par l'enchaînement des syllogismes et ainsi obtenir l'hypothétique assentiment de la raison, que de mobiliser l'imaginaire des sujets de droit pour reproduire leur adhésion dans les termes préétablis de la logique canonique.

Quant au mythe fondateur, autour duquel gravitent quantité de mythologies corollaires donnant chacune lieu à une liturgie spécifique, c'est évidemment celui de l'incarnation de la loi dans la personne du Pontife, substitut de l'Absent. Autour de ce mythe se construit la croyance qui bâtit pour la loi son décor d'illusions et sans lequel un système juridique n'est plus rien.

La loi s'impose de façon inévitable de par son style particulier : "une sublimation opère l'introjection de l'objet libidinal dans la personne sacrée du Pontife. Tel l'a voulu et construit le schéma occidental. Sans cette procédure d'auto-mystification nous savons bien que n'aurait pas eu lieu cette toute-puissance du logique par laquelle le droit canon a pu développer son savoir et ses pouvoirs sur l'homme" (AC77).

Impossible ici de ne pas se référer à MM. Deleuze et Guattari qui déclareraient croire en Dieu "seulement comme au maître du syllogisme disjonctif, comme au principe a priori de ce syllogisme (Dieu définit l'omnitudo realitatis dont toutes les réalités dérivées sortent par division)" (7).

L'extrême pointe de cette pensée nous conduit donc à la redécouverte de la figure du Pontife, substitut lui-même de l'Absent ou de l'innommable comme dit la culture hébraïque de son Dieu Yhavé. C'est cette figure qui, selon le mythe, produit logiquement la loi, en garantit la conformité, assure le salut à ses destinataires obéissants et menace d'exclusion ses transgresseurs.

La parole proférée par le Pontife s'articule en un texte rigoureux, dont il reste aux commentateurs à faire la glose et dégager les conséquences selon un ordre rigoureusement répétitif, logique.

(7) G. DELEUZE et F. GUATTARI, L'anti-Oedipe. Capitalisme et schizophrénie, Paris, 1972, p.207.

Il est très important de comprendre que cette parole du Pontife est à la fois objet d'amour, selon les indications de Freud, mais aussi, nécessairement, science rigoureuse, savoir absolu opérant définitivement le départ entre le permis et l'interdit, le vrai et le faux (AC77). Du foyer imaginaire que nous tentons de décrire rayonnent à la fois les affects captateurs des pulsions et les certitudes intellectuelles mobilisatrices de la raison. La parole du Pontife est tout à la fois la bonté, la vérité et la règle: ce faisant elle est le passage obligé du salut.

A ce point de notre réflexion, le lecteur pourrait évidemment se demander : quel est ce Pontife? Quel est, dans notre droit positif actuel, son répondant? Nous aurions beau jeu de répondre que la figure du législateur rationnel, dont nous avons vigoureusement montré la présence au creux du travail judiciaire, en est une des manifestations les plus claires. La réponse est exacte; elle constitue même une des articulations de base de notre thèse. Il y a cependant un danger à refermer si vite l'interrogation. A ce stade nous voudrions au contraire la raviver pour lui garantir son poids de questionnement. Le législateur rationnel est certes l'actualisation du Pontife; mais il n'est sans doute pas la seule et il n'en épuise pas toutes les déterminations. Réduire la compréhension du Pontife aux caractères du législateur rationnel risquerait de neutraliser la force toujours vive du mythe en l'intégrant sous le schème que sa cristallisation institutionnelle prend à un moment donné de l'histoire.

Une seule voie pour préserver les virtualités du mythe : le nommer de manière énigmatique. Le vocable "Pontife", privé de référent actuel, pur signifiant, témoigne de cette énigme. Cette observation sur le signifiant nous conduit à repérer une rencontre, nullement fortuite puisqu'elle se réalise sur le terrain de la psychanalyse, entre la pensée de M. Legendre et celle de MM. Deleuze et Guattari. Ces derniers ont en effet tenté de rendre au signifiant sa portée réelle, que sa position dominée au sein du couple signifiant-signifié avait contribué à voiler.

"On n'empêchera jamais, écrivent-ils, le signifiant de réintroduire sa transcendance et de témoigner pour un despote qui fonctionne

encore dans l'impérialisme moderne" (8). Ce "signifiant despotique" opère quelque part du côté de la loi; c'est le mérite de M. Lacan de l'avoir montré : "Lacan reconduit le signifiant à sa source, à sa véritable origine, l'âge despotique et monte une machine infernale qui soude le désir à la loi" (9). Pour MM. Deleuze et Guattari, l'ordre légal, enraciné dans l'économie du désir pour mieux le soumettre au despotisme originaire, se traduit par la toute-puissance de ce signifiant que M. Legendre nomme Pontife: "la loi (...) exprime l'impérialisme du signifiant qui produit ses signifiés comme des effets d'autant plus efficaces qu'ils se soustraient à la connaissance et doivent tout à leur cause éminente" (10).

Ces premières lumières jetées sur la mytho-logique, il reste encore à préciser une thèse corollaire qui concerne la récurrence du mythe. Le champ de recherche privilégié de M. Legendre est le droit canonique choisi en raison de son insertion très directe dans l'orbite d'une parole divine : les légistes du droit savant du Moyen-Age étaient vraiment, comme l'a montré M. Ellul (11), les

(8) G. DELEUZE et F. GUATTARI, op.cit., p.245.

(9) G. DELEUZE et F. GUATTARI, op.cit., p.247.

(10) G. DELEUZE et F. GUATTARI, op.cit., p.247. Dans leur style quelque peu incantatoire, ces auteurs décrivent les propriétés de ce signifiant despotique qui sont fort proches des caractères que M. Legendre prête au Pontife : "l'impérialisme du signifiant (...) récuse l'exégèse au nom de la récitation, pure textualité, scientificité supérieure. Mais ce signifiant-maître reste ce qu'il est dans le lointain des âges, stock transcendant qui distribue le manque à tous les éléments de la chaîne, quelque chose de commun pour une commune absence (...) barre qui soumet les sujets dépressifs au grand roi paranoïaque. O signifiant, terrible archaïsme du despote où l'on cherche encore le tombeau vide, le père mort et le mystère du nom" (op.cit., p.246). Notons par ailleurs que, repérant cette convergence, nous ne prétendons nullement nier les divergences théoriques qui séparent MM. Deleuze et Guattari d'une part, Legendre d'autre part.

(11) J. ELLUL, "Loi et Sacré, Droit et divin. De la loi sacrée au droit divin" in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1974, n°2, p.206.

"serviteurs du Pontife", les agents de l'orthonomie du sacré. Mais la référence n'est nullement exclusive : le droit canon lui-même plonge ses racines dans le Corpus iuris impérial et renforce encore son autorité de cette estampille de choix. Entre le pontife chrétien et l'empereur romain s'est produit un échange de discours et de légitimité qui entraîne l'immortalisation du droit romain et assure l'efficacité temporelle de l'institution ecclésiastique.

Le droit romain s'inscrit alors, comme le remarque M. Thomas (12), au fronton du temple de la loi -tout comme il est enseigné au début des études de droit- et il verrouille, référence incontournable et infaillible, la genèse de la production juridique.

Mais le mythe, s'il s'autorise d'un passé immémorial et d'emblée glorieux, prétend aussi contrôler l'avenir et y réussit fort bien (13). Ainsi les grands codificateurs ont-ils rejoué le droit romain : Napoléon recrée un Justinien imaginaire (AC193). A partir du modèle archétypique de la théocratie pontificale s'opèrent des recopiations variées dont procèdent les institutions séculières : "la version française d'un Etat de droit, centraliste et porteur du bienfait bureaucratique, est directement accordée à son antécédent canonique" (AC76). Sous le flot des textes juridiques et le bouleversement apparent des institutions (sécularisation, centralisation puis décentralisation, fonctionnalisation...), au-delà même des idéologies juridiques différentes (libérale, socialiste, voire même idéologie de la disparition du droit), fonctionne une structure récurrente, un ordre dogmatique opérant la censure du conflit et prodiguant l'amour du censeur.

(12) Y. THOMAS, "La langue du droit romain. Problèmes et méthodes" in A.P.D., 1974, p.104 : "Pour un romaniste la tâche était en quelque sorte de découvrir l'origine des dogmes de son temps dans un âge d'or du droit et de consacrer par conséquent, par l'abolition de l'histoire, cette éternelle logique de l'esprit juridique, cette éternelle axiologie des principes du droit..."

(13) Ainsi le Procureur Général FAIDER a-t-il pu parler du droit romain comme du "droit immortel qui a régi le monde, qui nous régit encore, qui nous est aussi nécessaire que la loi contemporaine, qui gouverne tous nos intérêts civils" ("La justice et son Palais", Pas., 1883, I, p.4).

Aussi ne faut-il pas attendre de la dogmatique juridique une réelle interrogation critique sur son passé : le fonctionnement de la production juridique est tel, assimilant des fragments de textes tirés de périodes différentes, greffant des institutions issues de contextes politiques divergents, qu'elle s'attache à tout confondre, à tout réduire à un même plan, selon un ordre, logique sans doute mais historique sûrement pas. Une telle production s'attache à nier la mort des institutions, en intégrant le passé dans l'éternel présent du mythe (JP163). C'est que "l'institution peut passer d'un monde à l'autre, modifier son texte, inventer ses nouveaux porteurs; sa réalité essentielle n'est pas là : elle consiste avant tout à produire et reproduire le faire-croire, à fonder le discours dogmatique" (AC234). La thèse est d'importance car, minimisant les idéologies au profit du mythe fondateur, elle s'empêchera d'avaliser la théorie marxiste.

Tout ceci éclaire l'aspect mythique de la mythologie à laquelle nous nous attachons. Il est temps maintenant de réfléchir davantage son aspect logique, ce qui, sans nul doute, nous mènera sur un terrain plus familier.

L'analyse portera successivement sur le Texte juridique et la technique logicienne qu'il réclame, la procédure selon laquelle elle s'effectue et le Docteur (juriste) qui la met en oeuvre.

Et d'abord le Texte. Tout comme la mythologie a pour effet de transformer les législateurs historiques successifs en un législateur "pontifical", de même transforme-t-elle les textes épars en un Texte unique. Ce Texte mis en oeuvre par une méthode rigoureuse développe indéfiniment ses virtualités selon les vertus de sa propre logique : il s'étend ainsi de proche en proche et peut finalement prétendre avoir tout réglé sous ses catégories unifiées. Enveloppe indéfiniment gonflable, le système juridique peut s'annexer de nouveaux axiomes tout en étant toujours identifié comme le même; c'est qu'il est traité selon la science magistrale, qui donne à la fois les questions et les réponses, qualifie les faits et distribue les sanctions sans jamais s'égarer à ce jeu.

Cette science unitaire du Texte, qui s'enracine dans le culte du Pontife, se produit essentiellement comme exégèse. Il s'agit

d'abord, sur un problème donné, de collationner les opinions des auteurs de l'antiquité, de la tradition. Repérage savant et méticuleux qui balise la problématique et garantit l'authenticité du commentaire qu'autorise le Texte. Peu importent les contextes historiques dans lesquels sont éclos ces fragments : les voilà tous alignés sur un plan unique et fonctionnant comme étapes d'une dialectique (AC91). Ainsi naît le Texte de cette compilation acharnée, fictivement rapportée à la logique unitaire du Pontife. Désormais il n'y a plus d'accès à la solution du conflit que par le parcours étroit et abscons de la casuistique qui s'entend à rendre raison des questions les plus embrouillées. Les fragments à leur tour donnent lieu à la glose : travail grammatical, étymologique et logicien, s'appliquant à standardiser et actualiser les textes anciens. Grammaire, lexicologie et logique sont toutes censées fonctionner selon un mode unitaire ménageant le passage vers le sens (la ratio) dont le Texte est porteur (AC95).

Ce postulat initial, mis en oeuvre par les mille artifices de la scolastique, permet de venir à bout de n'importe quelle contradiction textuelle; encore, les réponses produites par tout ce travail dialectique peuvent-elles être elles-mêmes parfaitement contradictoires : peu importe puisqu'elles s'autorisent toutes de l'infailibilité du Pontife. Confondant leur texte avec la raison universelle (JP160), les juristes sauront toujours surmonter l'écart qui se creuse entre les différents âges de la loi et ses différentes versions (loi, règlement, interprétation, contentieux...).

Soutenue par son mythe sublime, la logique est littéralement indépassable. Elaboration d'une syntaxe, d'une sémantique, d'une représentation logicienne. Et lorsque le mot ou le syllogisme font défaut, il est toujours loisible au juriste de recourir à un de ces signifiants rituels, concepts surdéterminants s'il en est, que sont l'équité, la justice, la nature des choses, l'intérêt général (AC96). "Signifiants rituels" : leur simple invocation, mobilisant l'image de la bonne loi, suffit à désarmer toute objection de la raison. L'institution a donc toujours le dernier mot et l'intégrité du Texte est sauve. La fidélité à la méthode, la dextérité de l'exégèse sont les plus sûrs garants de l'orthodoxie.

Deux effets s'en dégagent.

D'abord le caractère strictement répétitif (quoique toujours nouveau et en expansion) du Texte juridique : "cette formidable casuistique, apte à tout assimiler, se tord sur elle-même dans un délire d'explications sans fin, mais sans jamais franchir une frontière, celle du cercle magique au-delà duquel il n'y a plus d'oracle qui tienne et se montre précisément le vide comblé par la production juridique" (JP165).

Ensuite l'effacement de l'exégète. "C'est l'exigence du dogmatisme lorsqu'il énonce la règle juridique, cette règle ne doit jamais être reçue comme l'invention du glossateur mais au contraire comme restauration du texte au moyen d'une opération logique. Dans l'épiphanie de la loi le juriste n'y est pour rien" (AC96).

Si l'on déplace l'analyse du plan abstrait de la méthode au plan concret de la procédure, on remarquera la profonde analogie qui se marque entre ces deux paliers par où transite l'institution pour gommer le conflit. Aux procédures barbares héritées des moeurs germaniques, le Moyen-Age en effet substitue l'ordonnancement réglé du procès savant inspiré de Rome. Désormais le conflit ne s'énoncera que dans les termes agréés; nomenclature précise des cas, liste des actions possibles, formules sacramentelles, preuves réglementées : tout est prévu pour mettre en scène, selon un schéma invariable, la solution selon la loi et ainsi rejeter en dehors du prétoire les tensions irrécupérables que manifeste le conflit. La procédure théâtrale de l'instance reproduit la mécanique logique du casuiste. "Le procès savant rejoue la question d'école" (AC111). A l'arbitraire magique des ordalies succède le raffinement des qualifications imposant au plaideur l'unique voie à suivre pour articuler sa prétention; reste alors au défendeur à compléter le scénario en invoquant la loi à son tour (et en taisant, bien entendu, tout le reste, c'est-à-dire "son" conflit) jusqu'à ce qu'intervienne le verdict du juge, placé en position d'oracle, "disant le droit" sous la dictée de l'Absent.

A chaque étape et dans tous les cas, ce qui est échangé c'est la loi, ce qui est joué c'est l'apparition de la justice, en sa

version logicienne et infaillible. La séquence mythologique se réalise ici en direct, sur la matière même du conflit singulier. C'est sans doute l'espace du dispositif institutionnel le plus transparent à l'analyse; aussi même la critique quotidienne dénonce-t-elle ses traits les plus révélateurs : formalisme des procédures, hermétisme du langage, rigidité des solutions. Encore cette critique s'abuse-t-elle doublement, d'une part en croyant porter sur la forme du procès alors que c'est la nature même des solutions qui est engagée dans le scénario procédural et, d'autre part en ne saisissant pas le lien intime qui unit l'opération logique de la production juridique et l'effectuation matérielle de celle-ci dans l'échange réglé des répliques.

En ce point se réalise l'articulation du discours de M. Legendre avec une analyse politique de la fonction juridique. Si c'est effectivement la récupération du conflit, social et individuel que produit le procès, on percevra la portée éminemment politique d'une telle alchimie. C'est cela l'efficace de la mythologie juridique : traiter des contradictions sociétaires selon les prescriptions de l'ordre. La logique verrouille l'ensemble du texte jurisprudentiel dans l'enclos de la loi que le mythe exhausse à la dignité de vérité bonne en la reportant à son auteur infaillible.

C'est en puisant à cet univers fantasmatique, à ce réservoir mythologique, fondement de la chose politique, et non comme on le dit parfois, en répondant à telle ou telle injonction partisane, que le judiciaire inscrit le droit dans l'orbite de l'ordre établi. Opération logique, textuelle, par où "s'échangent les signifiants mythiques en signifiés juridiques" (JP54) : l'énoncé logique tient la place de la célébration mythique, ou encore : en produisant un texte rigoureux, c'est un effet mythique que le juge obtient. Telle est bien l'inversion paradoxale par où se gagne "l'amour du censeur".

Avant d'entamer, à partir de textes de juristes, la mise à l'épreuve des thèses de Freud et de M. Legendre, un mot encore à propos du rôle du juriste. M. Legendre a révélé le fait que la représentation mythologique transforme le législateur en Pontife, la loi en Texte; le juriste ne pouvait échapper à cette transcrip-

tion mytho-logique. Le voilà baptisé "Docteur" pour signifier sa position éminente dans le cycle de production de la vérité juridique. Parce qu'il est au service du Texte, oracle du Pontife, le juriste se fait Docteur, expert dans l'art de faire parler la loi en toutes circonstances sans jamais outrepasser ses limites. Deux traits caractérisent sa fonction : fidélité au Texte et sujétion des plaignants sous la loi. Deux versions, méthodologique et politique, pour exprimer un rôle unique. Sur le plan méthodologique, le juriste se donne pour interprète (et donc, partiellement créateur) de la loi or, "observés comme Docteurs, les juristes n'interprètent pas; ils s'imaginent interpréter quand ils sont seulement les résonneurs du Texte, de purs et simples glossateurs. A l'échelle du système que je désigne du nom de Texte, tout est prévu d'avance en ce qu'il s'agit de répéter l'unique version véridique de la constitution nationaliste, manifestation d'un discours symbolique porteur de sa propre interprétation à l'exclusion de toute autre"(JP161)

Le travail du Docteur n'est pourtant pas une sinécure : opérant la récitation de la loi, il produit une énorme entreprise de transformation du vécu individuel et collectif en matière juridique. Casuistique infinie par où le Docteur fait passer le plaignant sous la loi, provoquant sa soumission et prodiguant en retour l'amour de l'institution.

Section 2. Illustrations et prolongements dans la littérature juridique.

Les thèses de M. Legendre que nous venons de rappeler peuvent sembler singulièrement lointaines de la réalité juridique quotidienne. Notre ambition est de renverser cette idée; nous pensons que non seulement elles éclairent de façon décisive les analyses consacrées, dans la première partie de cette thèse, à l'organisation et à la méthode judiciaire, analyses qui culminaient dans la découverte de la figure du législateur rationnel, mais encore qu'elles permettent de penser, moyennant une thématization plus approfondie, l'enjeu théorique des grands courants de la philosophie du droit (cf. infra, Troisième Partie). Avant de procéder à cette con-

frontation, nous voudrions néanmoins soumettre l'hypothèse de la mytho-logique à un certain nombre d'épreuves susceptibles d'en révéler, chemin faisant, des indices de vérification : tel sera l'objet des développements qui suivent.

Ainsi, dans la présente section, voudrions-nous procéder à une lecture en termes de mytho-logique d'un texte très célèbre de la théorie générale du droit : il s'agit de "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif" de François GénY (14).

L'enjeu de cette analyse n'est pas tant de reproduire le contenu de cet ouvrage, déjà évoqué dans la Première Partie de notre travail, à propos de la problématique du référé, que de dégager les racines qui le lient au sol mytho-logique (15). Cette analyse devrait permettre à la fois de relativiser "l'étrangeté" des thèses de M. Legendre, dans la mesure où GénY lui-même opère un diagnostic de la pensée juridique classique, diagnostic dont le relevé des symptômes (fascination logicienne, fondement théologique) s'apparente à celui qu'effectue "l'Amour du censeur" (l'interprétation de ces symptômes en termes psychanalytiques restant, bien entendu, propre à M. Legendre) et, second intérêt de la lecture du texte de GénY, celui-ci nous permettra, au fil des analyses, de préciser le statut de cette mytho-logique juridique.

Le texte de GénY est exemplatif à plusieurs points de vue. D'abord parce qu'il a fait date dans l'histoire de la pensée juridique moderne. Ecrit à la charnière du siècle (la première édition remonte à 1899), il traduisait tout un bouillonnement d'idées qu'engendrait la proximité du Centenaire du Code civil, dont on percevait, pour la première fois, les signes de vieillissement. Dès la parution du livre, les juristes "progressistes" en France mais aussi

(14) F. GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2^e éd., Paris, 1954, Dans la suite nous citerons cet ouvrage dans le cours du texte, par les lettres MI entre parenthèses.

(15) Les deux aspects de notre lecture ne sont d'ailleurs pas sans rapport : c'est précisément à raison de cet enracinement mytho-logique que le texte de GénY n'a pu reproduire toute la portée de l'idéal logicien mis en oeuvre dans le dispositif judiciaire issu de la révolution de 1789.

à l'étranger se sont emparés de ses thèses les répétant comme des slogans ("Par le Code civil, mais au-delà du Code civil!") aux fins de réclamer une plus grande souplesse de la jurisprudence. Nous avons déjà eu l'occasion de montrer que ce mouvement d'idées, très répandu dans la doctrine, ne s'était guère manifesté dans la matière de la jurisprudence elle-même (cf. supra, Première Partie).

C'est que, d'une certaine manière, l'ambiguïté mine le texte de Gény lui-même : c'est à ce titre surtout que sa lecture s'avérera révélatrice. Si d'une part, en effet, personne n'a poussé aussi loin que Gény la critique de la "méthode juridique traditionnelle", légaliste et logiciste, il est significatif de constater par ailleurs que la méthode de rechange que propose Gény se révèle fondamentalement tributaire des mêmes présupposés que ceux qui sous-tendent la méthode qu'il combat.

Il nous reste donc à suivre cette pensée, d'abord en son versant critique, riche en descriptions lucides de la "mytho-logique" juridique, ensuite en son versant positif, tout entier nimbé, mais à l'insu de l'auteur cette fois, des brumes de cette même mythologie.

Le reproche fondamental que Gény articule à l'égard de la méthode traditionnelle, consiste en son attachement au postulat de "plénitude de la législation écrite" : "l'idée que la législation formelle -j'entends dire l'ensemble des actes législatifs promulgués et encore en vigueur en France- doit suffire à nous révéler toutes les règles juridiques nécessaires aux besoins de la vie sociale" (MI28). Un tel postulat entraîne comme corollaires une investigation exagérée, menée par tous les moyens, de la prétendue volonté législative et le rejet d'autres sources concurrentes du droit tels la coutume, l'équité, les principes immanents d'un droit suprême et idéal. Une formule -c'est le mot attribué à Bugnet- résume cet état d'esprit : "je ne connais pas de droit civil, je n'enseigne que le code Napoléon". Ces principes méthodologiques qui écartent le juriste de la considération des faits de la vie et des besoins sociaux conduisent à l'exacerbation des "conceptions théoriques et abstraites" dans lesquelles se trouve enfermée toute la matière juridique.

En découle une très réelle raréfaction des solutions juridiques à laquelle Gény se montre sensible : "l'abus de la logique a conduit à la stagnation du droit, parce que l'esprit juridique résistait, comme d'instinct, à multiplier ou à assouplir des notions qu'il tenait pour déterminées a priori par une sorte de nécessité supérieure et objective, inhérente à leur nature. De là, une timidité dans la pensée et l'action qui a paralysé l'essor de la législation même" (MI148) (16).

- (16) Il ne faudrait pas croire que la fascination exégétique du raisonnement juridique, pour avoir été critiquée par Gény, n'est plus observable aujourd'hui dans la littérature et la pratique juridiques. Témoin, cet important article de M. COUDERC, "Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers", *Dalloz*, 1975, chron. XL, pp.249 et sv. Le propos de l'auteur est d'annoncer un retour à la méthode que R.Capitant et d'autres avaient fortement déconsidérée, privant ainsi la jurisprudence d'une précieuse source d'informations. Ce mouvement se renverserait aujourd'hui sous la pression des faits qui contraignent le législateur à légiférer de plus en plus souvent, ce qui, du même coup, soustrait l'initiative de création juridique à la doctrine et à la jurisprudence. L'auteur semble saluer avec soulagement "ce mouvement de retour vers la loi, redevenue la source du droit la plus proche, la plus vive et vers une méthode exégétique renouvelée" (p.251). En quoi consiste ce renouvellement? Dans le fait que "personne ne soutient désormais le dogme de la plénitude des lois" (p.251). Peut-être; nous doutons quant à nous que l'évacuation d'un tel dogme suffise à opérer un renouvellement de la méthode de l'exégèse. Il n'est que de se reporter aux termes mêmes dans lesquels l'auteur décrit cette réapparition du législateur sur la scène juridique pour se persuader de la permanence du fondement mythologique qui caractérise la méthode exégétique. A propos de la période passée qui avait opéré "l'évacuation des travaux préparatoires de l'horizon des juristes" (p.251), l'auteur écrit : "Au souper du droit que donnent le Palais et l'Université, le législateur n'est plus que l'indésirable statue du Commandeur qu'on répugne à convier" (p.251)... époque troublée où "la loi n'a plus de père, elle n'a que des tuteurs" (p.251). Mais, qu'on se rassure : "contre toute attente, la mort du père n'était qu'une léthargie" (p.251); voilà enfin les juristes rassurés : le père se réapproprie la loi; l'ordre revient au Palais et à l'Université. Il ne reste plus aux juristes, en bons exégètes, qu'à recueillir les paroles du législateur enfin sorti de son mutisme. C'est sur ce souhait que se clôture l'article: "qu'aucune formule légale ne reste vierge des commentaires de son auteur, que la parole du législateur accompagne chacune de ses propositions et l'explique longuement, non seulement aux spécialistes, mais au plus grand nombre de citoyens" (p.256). Article exemplaire et lourd de sens; parce qu'elle s'autorise des raisons techniques les plus évidentes (abondance des lois, utilité des commentaires authentiques clairs et circonstanciés), l'opinion de l'auteur peut prétendre s'imposer sans discussion. Or nous venons de voir que c'est bien autre chose qu'une amélioration technique du raisonnement juridique qui

Ce logicisme de la méthode traditionnelle, Gény le fonde sur le rapport qui se noue entre le juriste et le législateur. C'est lui qui a introduit la forte expression de "fétichisme de la loi écrite" (MI70) pour désigner la pensée juridique classique; le fétiche c'est précisément l'objet magique -ici la parole du législateur- qui permet de résoudre tous les problèmes et auquel, en conséquence, on voue un culte. R. Saleilles, dans la célèbre préface qu'il a rédigée pour le livre de Gény, a particulièrement bien mis ce point en lumière. Après avoir remarqué qu'on imputait tous les mérites au législateur du Code civil, il notait : "pour lui faire honneur, il faudrait, par une fiction nouvelle, supposer qu'il eût prévu, non seulement chacun des problèmes juridiques à résoudre, mais l'état nouveau qui devait les faire surgir. Et alors ce législateur idéal et fantastique, on le prend, non pas tel qu'il était en 1804, encore assez imbu des idées doctrinaires de Rousseau (...), mais on se le figure tel qu'il serait aujourd'hui. On en fait une sorte de personnalité imaginaire, mythique et permanente qui viendrait rectifier en 1900 ses décisions de 1804" (MI, XV et XVI, nous soulignons).

Nous soucrivons entièrement à cette analyse lucide, à un seul détail près : nous préférons ne pas user du terme de "fiction" pour qualifier le phénomène du législateur rationnel. Cette terminologie peut suggérer l'idée que derrière la fiction, qu'il suffirait de lever, existe un ordre de réalité vraie que la fiction occulte; en l'occurrence, il existerait un tout autre type de rapport possible au législateur et donc une autre manière de dire le droit.

suite de la note (16)

est proposée : à travers les métaphores du Commandeur et du père, c'est à nouveau le grand travail de diffusion de la Croyance qui est opéré. Loin de nous l'idée de nier l'opportunité du recours aux travaux préparatoires : judicieusement traités, avec notamment toutes les précautions méthodologiques qui s'imposent, ces documents peuvent fournir des matériaux pour une solution juridique critique. Mais M. Couderc va beaucoup plus loin : la consultation des travaux préparatoires -dont on souhaite qu'ils règlent tous les problèmes- doit tenir lieu de principe final de solution et décourager toute velléité hétérogène et centrifuge de la jurisprudence.

Sur ce dernier point nous laisserons ici la question ouverte non sans souligner que c'est pour avoir précisément sous-estimé les pouvoirs réels de la "fiction" que Gény et ses émules ont été incapables de penser en-dehors de son emprise. C'est pourquoi nous préférons garder les termes "mythe" et "mytho-logique" pour décrire la dérive de la rationalité juridique.

Mais revenons au texte de Gény, décidément plein de ressources. Voici précisément qu'il nous plonge à son tour en pleine mythologie. Le contexte est intéressant : poursuivant son entreprise de critique systématique de la méthode traditionnelle, il en vient à dénoncer cette fois son "subjectivisme" : les constructions soi-disant abstraites et nécessaires ne sont que des cristallisations des intuitions subjectives des auteurs et des juges. L'objection est courante; elle n'en est pas moins problématique car, comment la concilier avec cet autre caractère de la doctrine classique que Gény s'est aussi attaché à mettre en lumière : son aspect répétitif et peu ou pas créateur. Comment la pensée juridique peut-elle être à la fois subjective (et donc variable, voire arbitraire) et répétitive? Sans que la question soit aussi nettement thématifiée par Gény, la réponse nous est néanmoins fournie : "c'est donc au fond un procédé essentiellement subjectif que celui des constructions juridiques. Sans doute, dans sa mise en oeuvre, nous sommes dominés, à notre insu, par l'autorité et la tradition, et, si je puis dire, par cette hérédité professionnelle qui nous enveloppe et nous étreint, comme une sorte de tunique de Nessus" (MI51).

L'explication par la tradition et l'autorité est exacte; elle embarrasse d'ailleurs Gény dont la position variera plus d'une fois sur ce point : si elles étaient si efficaces, elles compromettraient en effet irrémédiablement la possibilité d'une "libre recherche scientifique". Et pourtant, Gény, par un effet de plume d'une fulgurante lucidité, parle de l'hérédité professionnelle (faite de respect de l'autorité et de la tradition) qui "étreint le juriste comme une tunique de Nessus". Pouvoir mystérieux de l'hérédité juridique que seul le recours à la mythologie permet d'évoquer.

Et quelle évocation! Se rappelle-t-on l'histoire de Nessus

(17), Centaure qu'Héraclès châtia en lui assignant la fonction de passeur sur la rivière Evenos? Nessus eut l'occasion de se venger à son tour d'Héraclès, le jour où celui-ci se présenta au passage en compagnie de son épouse Déjanire. Héraclès traversa à la nage, tandis qu'il confiait Déjanire à Nessus. Au cours de la traversée, celui-ci tenta d'abuser d'elle mais, de la rive, Héraclès décocha une flèche mortelle à Nessus. Avant de mourir, Nessus confia à la jeune femme une tunique douée selon lui du pouvoir de lui assurer la fidélité de son époux le jour où elle l'en revêtirait. Il s'agissait en réalité d'un poison violent et lorsqu'Héraclès tenta de se séparer de la tunique, elle lui colla à la peau au point de le brûler entièrement.

Ici s'arrête la fable et commence l'interprétation.

La tunique de Nessus est à la fois le filtre d'amour qui ramène l'amant volage à la fidélité conjugale et l'instrument de mort qui tue celui qui veut s'en affranchir. Seule la mythologie peut exprimer tant de symboles en une si courte histoire. Opérons, à la suite de Gény, le décryptage de ce symbolisme : la tradition juridique étreint le juge comme une technique de Nessus; c'est dire qu'elle se présente comme la voie d'accès obligée qui ramène le juriste dans la ligne de la bonne loi, de la vérité, de la justice; mais malheur à celui qui prétendrait s'en passer : c'est la perte immédiate de statut, la chute dans le non-droit, l'égarement dans l'erreur et l'arbitraire. La parole du juge est une parole en "liberté surveillée", toujours déjà circonscrite par le cercle invisible mais irrépressible de l'interdit.

N'avons-nous pas ainsi rejoint Freud et M. Legendre : n'est-ce pas l'aveu, sous la plume d'un des plus éminents juristes, du rôle absolument central du Pontife qui sait se faire aimer tout en manipulant pour cela les menaces primordiales? Une fois ce foyer de sens repéré, convenons que le "subjectivisme" des solutions juridiques a l'éclat dérisoire d'une ampoule électrique allumée au grand jour... Ce foyer de sens, Gény l'a tout à la fois entrevu et occulté.

(17) cf. P. GRIMAL, Dictionnaire de la mythologie grecque et romaine, Paris, 1963, p.315.

Très caractéristique de cette dévaluation des pouvoirs de la mytho-logique, pourtant correctement décrits, est ce passage du "discours sur le code civil allemand" de P. Lombard cité par Gény. Constatant que la pensée juridique française croit volontiers que le droit est tout entier constitué de la volonté du législateur, il regrette ce travers qui "conduit à une foi superstitieuse dans la toute-puissance de l'Etat, maître de la loi. Sans doute les jurisconsultes savent bien que telle n'est pas la notion vraie du droit : mais, courbés sur les textes, il leur arrive parfois involontairement de raisonner comme s'ils partageaient l'opinion vulgaire" (18). Opposant la "notion vraie du droit" à "l'opinion vulgaire" qui s'assimile à une "foi superstitieuse", l'auteur ne peut évidemment que préférer la première, ce qui est le plus sûr moyen de verser à son tour dans le piège de l'idéalisation toujours inconsciente du tribut qu'elle paie elle-même aux grandes superstitions de l'esprit.

Ceci nous amène directement à aborder le second volet de l'oeuvre de Gény, celui qu'il consacre à l'élaboration d'une méthode originale et affranchie des défauts affligeant la méthode classique. Nous nous attacherons à montrer que si elle est assurément dégagée de certains excès du légalisme, elle n'en demeure pas moins marquée par l'ordre de la croyance, dont elle se borne en définitive à présenter une version renouvelée et, en apparence, plus scientifique que la précédente.

En guise d'introduction, deux observations préliminaires, révélatrices de la fascination logicienne à l'oeuvre au sein même de la pensée de Gény.

La première est empruntée à un développement par lequel l'auteur s'ingénie à marquer les limites "naturelles" de l'oeuvre législative; il en arrive à ce point essentiel que le législateur ne peut outrepasser les règles de la logique commune et éternelle. Le constat, on en conviendra, est d'importance. Gény le pressent qui n'hésite pas à invoquer l'enseignement de la scolastique : "Si plein

(18) P. LOMBARD, Discours sur le Code civil allemand, cité par F. GENY, op.cit., p.69, note (1).

soit la toute-puissance divine, les théologiens reconnaissent, pourtant, qu'elle est conditionnée dans son exercice, par la nature objective des choses. Et c'est ainsi que Dieu ne peut se contredire dans les termes de sa propre activité (19). -A plus forte raison, j'imagine, devons-nous consentir que l'omnipotence législative a, elle aussi, ses bornes logiques et nécessaires" (MILL4). Et d'en déduire, par un de ces glissements typiques du lien entre mythologie et méthode, que deux lois contemporaines qui présenteraient une contradiction irréductible, s'annulent, laissant une lacune dans la solution légale. Un tel passage a une fonction consciente : il argumente en faveur d'une limitation du pouvoir législatif; mais il a surtout une fonction inconsciente, bien plus importante selon nous : il restaure, dans tout son empire, le rôle prééminent d'une logique nécessaire dont le législateur, à l'instar du législateur divin, se doit d'être l'interprète. C'est la reconnaissance du mythe classique du législateur rationnel; la référence à Dieu, par l'intermédiaire du discours scolastique, ne contribue pas peu à renforcer son efficace.

Gény d'ailleurs -c'est notre seconde observation préliminaire- n'est pas opposé à l'idée selon laquelle la raison pure doit savoir faire place au sentiment dans la découverte de la solution juridique. La remarque prend place dans un passage introductif par lequel il s'efforce de désamorcer les critiques que sa propre méthode pourrait susciter, critiques qui porteraient sur le danger de subjectivisme, voire d'arbitraire, potentiellement contenu dans cette méthode. Pour conjurer ce danger, dont il mesure la gravité au regard des critères établis de la rationalité juridique, Gény déclare faire sienne cette observation de E. Boutmy : "La croyance à l'absolu est une condition essentielle de bonne justice. Le juge

(19) cf. aussi J. DABIN, Théorie générale du droit, nulle éd., Paris, 1969, p.323 : "on ne saurait imputer à Dieu de vouloir des choses contradictoires"; cf. aussi GROTIUS, De iure belli ac pacis, Lib.I, Cap I, §X,5 : "si illimitée que soit la puissance de Dieu il est pourtant des choses auxquelles cette puissance ne s'étend pas...Dieu ne peut faire que deux fois deux ne fassent quatre, de même il ne peut faire que ce qui est essentiellement mauvais ne soit mauvais".

qui ne croit pas trop à l'autorité de ses maximes, est bien près de n'y pas croire assez. Le jour où il s'aviserait de reconsidérer les bases de ses jugements, et de trouver qu'elles n'ont qu'une valeur relative verrait se multiplier les questions pour l'ami, comme les appelle Montaigne. J'entends celles où l'absence d'un précepte clair, net et indiscuté, rend au magistrat la liberté d'écouter ses préférences pour les personnes" (20).

Voilà, placé en quelque sorte en exergue de la description de la méthode qu'il préconise, un sérieux avertissement : pas de bonne justice en-dehors de la "croyance à l'absolu" seule susceptible de livrer des "préceptes clairs, nets et indiscutés". La doctrine se chargera de répercuter le message; ainsi l'observe M.Villey dans une optique critique : "l'éducation que nous tenons nous a conditionné à croire que le droit est en effet le produit de l'esprit du législateur; nous croyons qu'il est dans les codes et dispositions adjacentes" (21, nous soulignons).

Il ne faudrait pas penser cependant que de tels postulats caractérisent seulement la pensée des systèmes juridiques continentaux qui connaissent depuis longtemps des législations codifiées; on les retrouve à l'oeuvre, mutatis mutandis, dans les théories du droit des pays de Common Law où la doctrine du "stare decisis" joue un rôle comparable à celle de la légalité dans nos pays de tradition romano-germanique (22). Ce qui est remarquable c'est que la techni-

(20) E. BOUTMY, Des rapports entre les études juridiques et les études politiques, cité par F. GENY, op.cit., p.216, note (1).

(21) M. VILLEY, Histoire de la logique juridique in La logique juridique, op.cit., p.80.

(22) cf. en ce sens (avec des nuances, cependant), M. WEBER, On law in economy and society, trad. par E. SHIL et M. RHEINSTEIN, Harvard, 1969, p.317 : "As a matter of fact, in the sphere of private law, both Common Law and equity are formalistic to a considerable extent in their practical treatment. It could hardly be otherwise under a system of stare decisis and the traditionalist spirit of legal profession" et encore (p.320) : "Jurists (...) have always and not only in modern times, regarded themselves to be both the mouthpiece of norms already existing (...). This subjective belief is held by even the most eminent jurists"; cf. aussi l'opinion de J. BROEKMAN (Recht en antropologie, op.cit., p.94) qui considère que le légalisme, basé sur une anthropologie cartésienne, est "een (rechts)filosofische constante van de westerse kultuur(...) een hoofdkenmerk dat op één of andere wijze elke westerse, continentale zowel als Common Law rechtsopvatting doortrekt"; cf. encore, à propos de la relative inertie de la Chambre des Lords, P. BELLET et A. TUNC, La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative, Paris, 1968, p.46

du "stare decisis" repose elle-même sur une idéalisation -croyance à l'absolu, pour reprendre le mot de Boutmy- de la rationalité censée caractériser le corps de jurisprudence.

J. Stone, reprenant l'enseignement de Coke, est très net en ce sens. Le juge anglais se veut fidèle à la ratio de la règle de droit; cette ratio n'est pas celle de telle ou telle décision ponctuelle mais plutôt celle de la Common Law toute entière qui s'inscrit dans l'horizon de la perfection et de la raison. Une telle idée d'infailibilité n'est pas référée à un homme ou un cas précis mais bien à cette sédimentation de sagesse que produit la succession des multiples autorités dans le temps. La fidélité à cette rationalité permet la rénovation des solutions juridiques, tout en les gardant de funestes innovations (23). On appréciera la lucidité de ces observations et particulièrement de la dernière : la référence à un esprit du droit idéalisé permet à la fois le mouvement dans les solutions juridiques -mouvement qui, suite à une nouvelle idéalisation, est généralement interprété comme innovation, progrès constant- et la reconduction de l'invariant décisif qui s'entend à faire passer le conflit sous la dictée uniforme du Texte.

La conformisation à une rationalité idéale conforte donc à la fois la stabilité et la souplesse du système juridique; elle est, comme le suggère Stone, facteur de rénovation et garde-fou contre les innovations. Répétons encore une fois qu'un tel effet ne peut être obtenu que grâce à la mobilisation générale de l'esprit juridique sous l'action de puissances qui, se rapportant à l'imaginaire, dépassent de loin celles de la seule raison raisonnante.

Il peut sembler paradoxal que ce soit un cybernéticien, M. David, qui doit rappeler aux participants à un congrès de logique juridique cette puissance première du désir : "L'acte humain, disait-il, aidé ou non de machines, nous a semblé débiter par une phase spécifiquement humaine et inimitable par les machines : celle qui consiste à penser et à désirer un but. Nous ne songerions pas à nous faire aider de "machines à désirer" (24).

(23) en ce sens, J. STONE, op.cit., p.237.

(24) A. DAVID, "La cybernétique et le droit" in La logique juridique, op.cit., p.149.

Nul doute que l'image du législateur tout puissant, dispensateur de la bonne loi, ne fonctionne effectivement comme objet de ce désir, toujours recommencé, de la pensée juridique. C'est en se situant à ce niveau, explicité théoriquement par les analyses de M. Legendre et les thèses de Freud, que l'on peut comprendre la portée exacte du phénomène récurrent de l'imaginaire mythologique.

Aussi ne pouvons-nous admettre la thèse de MM. Alchourron et Bulygin selon lesquels l'idée que le droit pourrait être complet et cohérent est un idéal purement rationnel indépendant de toute attitude idéologique ou mythique (25).

Leur pensée, pourtant, est nuancée : ces auteurs distinguent en effet l'idée selon laquelle le droit est un système cohérent et complet et l'idée selon laquelle le droit pourrait être un système cohérent et complet. La première, selon eux, est un postulat illusoire, jouant un rôle politique et idéologique dans certains systèmes juridiques; sa fonction est de concilier -sur un plan purement illusoire- plusieurs impératifs contradictoires : notamment l'obligation faite aux juges de trancher tous les cas même dans l'hypothèse d'absence ou d'obscurité de la loi et l'obligation de motiver leurs décisions en référence à une norme établie (26). Le postulat se maintient, en dépit de son caractère manifestement fictif, en raison du fait que les idéaux juridiques qu'il a pour fonction de concilier sont profondément enracinés dans la pensée juridique.

En revanche, l'idée que le droit pourrait devenir un système cohérent et complet est présentée par ces auteurs comme un idéal scientifique purement rationnel, présentant un modèle normatif qui serve de critère d'évaluation pour les systèmes normatifs existants. Un tel modèle actualise les deux grands principes rationnels que Leibniz voyait à la source de la pensée : le principe de raison suffisante (nihil est sine ratione : tout cas peut trouver sa solution dans le cadre du modèle) et le principe de non-contradiction

(25) C. ALCHOURRON et E. BULYGIN, Normative Systems, op.cit., p.6.

(26) C. ALCHOURRON et E. BULYGIN, ibidem, pp.176 à 178.

(le système ne contient pas de normes contradictoires relatives à un même cas). L'idée sous-jacente est ici qu'il est possible -c'est même la tâche de la science du droit- de rationaliser progressivement la connaissance juridique en épurant le discours juridique de ses éléments "mythiques et émotifs" et en le conformant aux standards de rationalité du modèle (27). C'est là une tâche dépourvue de toute connotation idéologique.

C'est sur ce point que nous divergeons d'avec MM. Alchourron et Bulygin (28). Tout d'abord il faut relever que le clivage, apparemment évident, entre une sphère politique pénétrée d'idéologie et une sphère scientifique affranchie de celle-ci et purement rationnelle, est un clivage que des analyses du genre de celles de M. Habermas mettent à néant en suggérant les liens intimes qui se tissent entre certains idéaux de rationalité et certains types d'intérêts socio-politiques. Il faut ensuite remarquer que l'opération d'épuration du droit de ses éléments "mythiques et émotifs" est une tâche impossible. Joignant ces deux objections, nous dirons que l'idéal "scientifique" de complétude et de non-contradiction, risque d'être, dans son application au droit, le substratum le plus mythique qu'il soit. S'opère en ce point nodal du discours juridique la jonction éminemment surdéterminante, d'un idéal scientifique (assorti des exigences méthodologiques qui en découlent) et d'un imaginaire prêtant à la Loi à laquelle on adhère tous les caractères de la perfection.

La rigueur scientifique dont se réclament nos auteurs les conduit à une très judicieuse mise en cause des fictions aux effets idéologiques caractérisant la méthodologie judiciaire. Mais, cette même rigueur, idéalisée pour elle-même, les détourne de la compré-

(27) C. ALCHOURRON et E. BULYGIN, *ibidem*, p.87; dans le même sens, cf. G. GRZEGORCZYK, "La rationalité de la décision juridique" in Archives de philosophie du droit, 1978, p.241 : "Nous pensons qu'au lieu d'exagérer l'importance de l'irrationnel en droit, notre tâche principale, en tant que juriste, est de le réduire le plus possible, et que l'aboutissement d'une telle recherche est parfaitement concevable".

(28) Nous rejoignons ainsi l'opinion de N. BOBBIO in Lacune del diritto, Novissimo Digesto italiano, vol. IX, p.419.

hension exacte de la "fiction". Son caractère mythique leur échappe, qui transcende les domaines de la pensée et subvertit à leur insu le discours qu'ils mettent en oeuvre. La connaissance "scientifique" du droit devient ainsi, une fois de plus, le meilleur vecteur de la croyance toujours renouvelée en la bonne loi, croyance que de nouvelles générations de praticiens se hâtent de traduire en actes, selon la version rajeunie du Texte comme système formel auto-contrôlé.

Revenons au texte de Gény; s'y opère, en des termes différents, un effet comparable à celui que nous venons de décrire chez MM. Alchourron et Bulygin : une critique de la pratique juridique menée au nom d'une science du droit qui se révèle en définitive tout aussi mytho-logique que l'objet qu'elle entend questionner.

Cela apparaît clairement de l'étude de la méthode spécifiquement proposée par Gény : la "libre recherche scientifique". On se rappelle que celle-ci doit être mise en oeuvre dans l'hypothèse, assez fréquente selon Gény, où le système législatif ne fournit pas de solution au cas d'espèce. En quoi consiste dès lors cette "libre recherche scientifique" ?

Gény ne se fait pas faute de l'expliquer; mais avant d'entamer sa description minutieuse, il nous en livre en quelque sorte le principe directeur. Nous allons voir qu'il engage toute la suite de l'exposé. "A priori, écrit-il, la recherche qui s'impose au juge nous apparaît fort analogue à celle incombant au législateur lui-même (...). Il s'agit, de part et d'autre, de satisfaire au mieux, par une règle appropriée, la justice et l'utilité sociale. Aussi n'hésiterai-je point, dans le silence ou l'insuffisance des sources formelles, à indiquer comme ligne générale de direction pour le juge, celle-ci : qu'il doit former sa décision de droit, d'après les mêmes visées qui seraient celles du législateur s'il se proposait de régler la question" (MI, t.II, 77-78).

Voilà donc le subterfuge par où se produit la croyance : au moment même où le législateur est congédié de la scène juridique et où s'annonce une improvisation du texte, voilà qu'il réapparaît, substitué du Père absent, pour dicter la suite des répliques. Gény est assez lucide, assez moderne, dirions-nous, pour se passer du

législateur historique dont il perçoit bien les insuffisances; mais c'est pour restaurer, sur un terrain beaucoup plus solide (qui peut se réclamer notamment de la justice et de l'utilité sociale), l'emprise du Pontife unifiant toutes les solutions dans le moule contraignant de sa sagesse.

Dira-t-on -l'argument est classique- que sous couvert d'invocation d'une pseudo-volonté du législateur, l'interprète développe sa propre vision des choses (29) ? C'est faire bien peu de cas du principe proposé par Gény : faire comme ferait le législateur, c'est-à-dire trouver la pièce manquante du puzzle juridique et en découper les contours de manière à ce qu'elle s'emboîte parfaitement avec toutes les autres et contribue ainsi à reproduire la représentation d'ensemble. Gény lui-même n'avouait-il pas que la méthode qu'il proposait, toute scientifique qu'elle fût, devait se fonder sur la "croyance" (MI, t.II, 99-100). Peu importe, en effet, du point de vue du Texte, que soit mises entre parenthèses les prérogatives du législateur historique, pourvu que la parole du juge trouve à se réinscrire dans une perspective unitaire (ici la cohérence d'ensemble rapportée, par idéalisation, au souci de justice et d'utilité sociale).

Ce principe unitaire, référé à la personne de l'Absent, dont il faut répéter les paroles comme s'il était présent, Gény s'attache alors à le décrire avec grand soin. Nous retiendrons que, livré à lui-même, l'interprète trouvera "des appuis objectifs dans la nature des choses" et dans une "systématisation logique fécondant et développant cette matière elle-même" (MI, tII, 82, nous soulignons). Où l'on constate, sans surprise, que le retour de la croyance s'accompagne nécessairement d'un retour de la logique systématisante. Pour faire bonne mesure, Gény précisera encore que cette nature des choses est "en-dehors et au-dessus des faits" (MI, t.II, 89) : c'est "la loi de leur harmonie, le principe d'ordre qu'ils requièrent" (MI, t.II, 92). De telles règles, susceptibles de donner naissance à un "droit commun positif" (MI, t.II, 89), se dégagent "sous le con-

(29) en ce sens, cf. Z. ZIEMBINSKI, La notion de rationalité du législateur in Archives de philosophie du droit, 1978, p.178.

trôle de principes supérieurs de pure raison et d'absolue justice" (MI, t.II, 115).

Ainsi, l'indétermination concédée au plan du contenu de la règle de droit (affranchie notamment de la tutelle du législateur historique) est-elle récupérée au plan de la méthode d'élaboration de cette règle par le juge, méthode rationnelle et universelle qui, elle, ne laisse rien à l'indétermination.

Cette thèse sera reprise par Jean Dabin, éminent lecteur de Gény, qui a su, sur bien des points, affiner ses analyses. Ainsi, Dabin, concédant l'absence de droit naturel juridique, observe "une méthode juridique naturelle, procédant de la nature des choses et donnant les principes permanents et invariables qui, en tous temps et en tous lieux, président à l'élaboration du droit" (30). Cette méthode s'impose au juriste (juge ou législateur) comme un donné qui gouverne son activité : accepter ce donné constitue le "devoir premier" du juriste (31).

Une critique facile de cette opinion consisterait à dire que, formulée de la sorte, elle procède plus d'une démarche axiologique prescrivant au juriste un certain comportement en fonction d'idéaux supérieurs, plutôt que d'une démarche scientifique analysant le comportement effectif des juges et législateurs. Ce serait cependant, croyons-nous, en réduire la portée car, n'en doutons pas, cette thèse relève, tant chez Gény que chez Dabin qui furent de très lucides observateurs du fonctionnement réel de la rationalité juridique, de l'observation de la méthode mise en oeuvre par le juriste Juriste qui d'emblée se conforme aux règles non écrites d'une méthodologie systématisante et raréfiant, de telle sorte que Dabin peut bien écrire que les principes de cette méthode "s'imposent au juriste-constructeur de façon nécessaire, absolue, sans possibilité de dérogation" (30), ce qui n'est en définitive qu'une manière rationalisée d'évoquer la vérité contenue dans la référence à la tradition juridique comprise comme "tunique de Nessus".

(30) J. DABIN, Théorie générale du droit, op.cit., p.208.

(31) J. DABIN, ibidem, p.209.

On le voit : la "liberté" ménagée à la pensée juridique est enclose dans un champ que magnétise la fascination de l'ordre et de l'unité. Toutes les précautions théoriques sont prises pour reconstituer l'espace de jeu, un instant entrevu, où aurait pu se dire les termes du conflit, s'exprimer les contradictions sociétales.

Quelques contre-épreuves assoient encore cette conviction. Il s'agit de l'exorcisation par Gény du mauvais esprit (comprendons: du danger d'ébranlement de l'édifice juridique) que peuvent véhiculer la mauvaise opinion publique, la mauvaise coutume, le mauvais juge.

A propos de l'opinion publique : "Pour parler net, je n'hésite pas à penser que le législateur doit savoir résister à une opinion publique mal éclairée" (MI, t.II, 82).

A propos de la coutume : "il faut rejeter une coutume irrationnelle au nom d'une nécessité sociale plus impérieuse" (MI, t.I, 372).

A propos du mauvais juge, Gény va consacrer beaucoup d'efforts à distinguer la méthode qu'il préconise de celle du scandaleux juge Magnaud. Celle-ci a versé dans le subjectivisme parce qu'elle a "laissé descendre le pouvoir de formuler les règles abstraites de la sphère intangible où le contenait la plénitude souveraine de la loi", ce qui fait que sa jurisprudence "ne consiste qu'en vagues considérations plus aptes à toucher le sentiment qu'à affermir la raison, mais qu'il est, en tous cas, impossible de condenser, soit en principes fermes, soit en moyens pratiques, constitutifs, dans leur ensemble, d'un système bien lié" (MI, t.I, 299).

Ce modèle du juge comme producteur de systèmes bien liés, image par laquelle nous clôturons le périple consacré au texte de Gény, ouvre encore deux voies au commentaire. La première est relative au rôle des juristes : la représentation que les juristes se font de leur propre rôle social n'est pas sans rappeler les analyses de M. Legendre à ce sujet. La seconde se rapporte à un aspect de la mytho-logique quelque peu négligé jusqu'ici et qui pourtant ne contribue pas peu à renforcer la fascination qu'elle exerce : c'est le souci d'esthétique juridique.

Et d'abord le rôle des juristes. M. Legendre les présente comme Docteurs : à la fois exégètes et gardiens de l'ordre. Est-ce excessif? Non, si l'on en juge du témoignage d'éminents auteurs. G. Ripert, par exemple, qui écrit : "On critique aujourd'hui les grands commentateurs du Code civil parce qu'ils n'ont été que des exécutants, expliquant littéralement les articles du Code. Que faisons-nous de plus ou de mieux? Notre tâche n'est pas inutile, mais elle ressemble singulièrement à celle de nos prédécesseurs" (32). Cornil a la même opinion de la magistrature : "Le juge est instinctivement et par éducation, porté à respecter les précédents à l'effet d'assurer à la jurisprudence cette stabilité qui convient à l'harmonie sociale" (33).

Et Cornil de citer E. Lambert : "le juge apporte à la défense de ses dogmes traditionnels d'autant plus d'énergie et d'intolérance qu'il a conscience de lutter, non pas pour la sauvegarde de vulgaires intérêts professionnels, mais pour la sauvegarde de sa foi et de son idéal professionnel (...). L'influence de l'éducation et de l'environnement, la discipline exercée par la crainte révérentielle de l'opinion des collègues et de celle des fidèles, l'aptitude de l'esprit de corps à plier les nouveaux venus sous la règle uniforme de conduite, se manifestent avec autant d'énergie sur cette prêtrise du droit qu'est la magistrature, que sur n'importe quel autre clergé".

Le thème du conformisme mental des juristes pourrait évidemment être développé à l'envi : des études sociologiques notamment pourraient être citées se rapportant à la formation, au milieu social, au mode de désignation et de formation des magistrats. Tel n'est cependant pas notre objectif. Qu'il nous suffise de repérer

- (32) G. RIPERT, Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, 1949, p.11; cf. aussi W. LEISNER, "L'Etat de droit, une contradiction" in Recueil d'études en hommage à C. EISENMANN, Paris, 1975 : "les publicistes restent, en ce qu'ils ont de meilleur, des juristes de cour, administrateurs et notables d'un pouvoir absolu qu'ils essayent de cacher en système" (p.77)
- (33) G. CORNIL, Le droit privé : Essai de sociologie juridique simplifiée, Paris, 1924, p.134; cf. aussi supra (Première Partie, Titre I) l'usage de la métaphore religieuse dans les Mercuriales des Procureurs Généraux.

en quelques témoignages, la fécondité du propos de M. Legendre aux fins de bien établir la syntaxe de la croyance au Texte et le profil de ses agents : le Pontife et les Docteurs. On pourra modifier la formation, le mode de recrutement et d'avancement des magistrats; si l'on ne modifie pas (est-ce possible?) l'objet de la croyance, les juges (et plus généralement, les juristes) continueront à fonctionner comme Docteurs.

Le terme "Docteur" connote à la fois l'idée du dépositaire d'un savoir et l'idée du détenteur d'un pouvoir. Et certes, le juriste est porteur de l'un et l'autre; mais c'est assurément l'élément "pouvoir" qui l'emporte (34). Pour le juriste, il n'est pas tant question de connaître le droit que de le maîtriser (35). Nous rejoignons ainsi l'observation que fait Foucault à propos du psychiatre : "on n'a pas introduit une science, mais un personnage dont les pouvoirs (...), par nature, sont d'ordre moral et social. Si le personnage médical peut cerner la folie, ce n'est pas parce qu'il la connaît, c'est qu'il la maîtrise" (36).

Maîtriser le droit, c'est manipuler l'imaginaire mythologique dont il est porteur et suppléer ainsi les lacunes (ou les interrogations) de la connaissance du droit par l'affirmation de sa puissance.

Par ailleurs, si le rapport entre savoir et pouvoir est évident, un même type de rapport doit être établi entre ignorance et soumission; l'ignorance maintenue quant au fondement de la logique juridique (le mythe de la bonne loi) assure à la fois la soumission du Docteur au Pontife et, par effet de transmission caractéristique du fonctionnement institutionnel, la soumission du justiciable au

(34) cf. le Procureur Général FAIDER : "Nos légistes se rattachent à la fois au Moyen-Age et au droit romain : les légistes règnent toujours; ils ont ici leur palais; on pourrait appeler ce monument : le palais des légistes". ("La Justice et son Palais", Pas., 1883, I, p.6).

(35) cf. l'adage de Celsus : "Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem". (cité, en exergue, par K.ENGISCH Einführung in das juristische Denken, op.cit.).

(36) M. FOUCAULT, Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique, Paris, 1961, p.28.

Docteur. Ce qui circule entre eux est bien plutôt une ignorance qu'un savoir et c'est cette ignorance qui assure la reconduction du rapport de force classique entre les personnages de la scène juridique (37).

Ainsi la substitution du juge au législateur n'est en fait que la réapparition, toujours renouvelée, du législateur absent. Il y a là comme la manifestation d'un immense esprit de corps rendant les juristes en quelque sorte interchangeables et fongibles dans leur commune réduction à la personne du Pontife. Leibniz en son temps faisait déjà pareille observation : "tous les jurisconsultes des Pandectes, quoique assez éloignés quelque fois les uns des autres, semblent être tous un seul auteur, et on aurait bien de la peine à les discerner si les noms des écrivains n'étaient pas à la tête des extraits; comme on aurait de la peine à distinguer Euclide, Archimède et Apollonius en lisant leurs démonstrations sur les matières que l'un aussi bien que l'autre a tranchées" (38).

Leibniz rejoint ainsi les observations contemporaines de Freud qui a bien montré comment l'identification observable entre les membres d'un groupe donné est strictement corrélative à l'idéalisation du chef (ou de l'idée qui lui est substituée) qu'ils partagent. C'est pour avoir remplacé leur idéal par un même objet que les membres du groupe s'identifient progressivement (39).

M. Lacan poursuit cette idée en précisant que l'identification caractéristique d'un groupe social donné est précisément sa condition d'existence; le juriste ne joue son rôle de juriste qu'en

(37) cf. F. RIGAUX, Introduction à la science du droit, Bruxelles, 1974, p.5 : "l'efficacité du droit comme principe stabilisateur de notre société exige que ses racines soient hors d'atteinte"

(38) LEIBNIZ, Nouveaux essais, IV, ii, 13.

(39) en ce sens, S. FREUD, "Psychologie collective et analyse du moi" in Essais de psychanalyse, Paris, 1977, pp.141 et 164.

tant qu'il s'identifie au Texte dont il est porteur (40). Le juriste n'est juriste que par le procès d'identification qui le fait Docteur. Le langage du juriste, qui est un langage d'emprunt dont le "je" est autant que possible banni, exprime, au plan symbolique, cette mise entre parenthèses de l'individu concret et sa réinscription dans l'ordre de la Loi. Même observation pour l'apparence extérieure du juriste masquée par la toge et parfois la perruque.

Cette ouverture sur le domaine symbolique nous conduit à avancer notre dernière observation qui est relative à l'importance du souci d'élégance dans la production juridique. Le souci de la solution juridique "élégante" est en effet une donnée constante de la pensée juridique (41).

On pourrait croire, en première analyse, que cette préoccupation d'élégance est relativement fortuite et accessoire dans le raisonnement du juriste (42). A tout le moins s'agirait-il d'une préoccupation secondaire à laquelle on ferait droit lorsque d'autres exigences plus impérieuses, telles la rectitude de la motivation légale ou l'opportunité pratique de la solution, auraient été satisfaites.

Telle n'est pas notre opinion. Que l'on conçoive l'élégance de la solution comme la beauté de la langue dans laquelle elle se moule ou comme l'équilibre et la finesse du raisonnement qu'elle suit, l'élégance apparaît bien comme une exigence significative de la rationalité juridique, polarisant d'emblée les procédures heuristiques grâce auxquelles s'élaborent les prémisses elles-mêmes du raisonnement. Les études modernes sur le langage nous rappellent en effet que celui-ci, tout comme le style qui le caractérise, n'est nullement le "vêtement de la pensée" mais sa texture même. Par ailleurs, si on considère l'élégance comme harmonie et finesse de la

(40) J. STONE, op.cit., p.24, se rapproche de cette idée quand il montre que les idéaux logiciens qui caractérisent la pensée juridique entraînent une autonomisation de celle-ci. Ces idéaux ne sont pas ceux de la majorité des membres de la société. Ils sont plus souvent le reflet des convictions des juristes concernant leur rôle dans la société que l'expression de leur opinion concernant le problème en jeu dans la législation débattue.

(41) cf. en ce sens, A. EHRENZWEIG, Psychoanalytic Jurisprudence, Leiden, 1971, p.169; cf. aussi J. BROEKMAN, Recht en antropologie, op.cit., p.80.

(42) cf. en ce sens, J. STONE, op.cit., p.287.

démarche intellectuelle mise en oeuvre, il apparaît clairement que loin d'être un arrangement ornemental surajouté à un raisonnement, l'élégance est le mode de manifestation de sa structure même. Sous cet aspect, l'élégance juridique est en quelque sorte la face visible, offerte à la contemplation et objet de jouissance, de la rigueur logicienne caractéristique de la rationalité juridique (43). S'il est vrai que cette rationalité est de type mytho-logique, fondée sur le mythe de la bonne loi, logique ancrée dans les puissances de l'imaginaire, on admettra que l'élégance n'entretient pas des relations fortuites avec le mythe et le cortège d'images qu'il véhicule (44). La quête de la solution élégante est, une fois encore et cette fois de manière très tangible pour l'édification du justiciable, la reconduction du mythe sublime d'où procède toute légalité.

Certains auteurs, au cours du débat sur la logique juridique, n'ont pas été insensibles à cet aspect de la démarche du juriste. Ainsi M. Foriers qui en souligne la pérennité et rappelle que l'expression "elegantier dixit" se retrouve déjà, à de multiples reprises, dans le Digeste (45). P. Stein qui propose une étude historique de la notion d'élégance en droit observe précisément le lien original entre élégance et logique; pour ce faire il évoque une intervention de l'empereur Hadrien restaurant la primauté du ius gen-

- (43) On a pu ainsi justifier la création de la section de législation du Conseil d'Etat par la nécessité de produire des solutions élégantes. M. CARTON de WIART a comparé, dans cet ordre d'idées, la section de législation à "un institut de beauté législative" (Doc.Parl., Chambre, session du 19 oct. 1937).
- (44) Les discours tenus lors de l'inauguration, le 15 octobre 1883, du Palais de justice de Bruxelles, sont très révélateurs de cet état d'esprit; ainsi cette phrase du Procureur Général VERDUSSEN : "Le Palais de Justice... ce temple qui, par la hardiesse et l'ampleur de sa conception, ses proportions grandioses, la noblesse et la sévérité de ses lignes, présente l'image saisissante et indestructible de la majesté, de la puissance et de la force (Inauguration du Palais de Justice, Bruxelles, 1883 p.5).
- (45) P. FORIERS, "L'état des recherches de logique juridique en Belgique" in La logique juridique, op.cit., p.113.

tium sur une disposition interne qui le méconnaissait, intervention jugée, par Gaius notamment, "élégante". L'élégance est bien ici l'autre face de la logique par où se rétablit "l'ordonnement correct des règles dans un système harmonieux" (46).

Si le lien logique -élégance semble effectivement un invariant de la pensée juridique, il est intéressant d'étudier les différentes expressions qui, au cours de l'histoire, ont caractérisé les critères de l'élégance juridique.

Ainsi, la grande Ecole de droit naturel du XVIII^e siècle montre une réelle prédilection pour le modèle géométrique. Certains passages de Leibniz rappelés plus haut sont particulièrement éloquents à cet égard.

En revanche, le XVIII^e siècle se référerait plutôt au modèle architectural dont les métaphores emplissent les oeuvres de Blackstone et Montesquieu, le tout débouchant sur le "grand édifice" de la codification napoléonienne. Code suprême offert à la contemplation des générations et des peuples pour l'élégance de sa forme (interdépendance rigoureuse des parties entre elles, équilibre de l'ensemble) et de son style (clarté, fermeté et concision). On rappellera à ce propos l'aveu de Stendhal à Balzac selon lequel l'auteur de "La Chartreuse de Parme" parcourait souvent le Code civil pour stimuler son inspiration.

Si l'on en croit toujours Stein, l'époque actuelle serait caractérisée par la poursuite de la "beauté fonctionnelle" : est élégante la solution ou l'institution traduisant une correcte adaptation des moyens aux fins. Le modèle est technicien : tous les éléments de la construction doivent concourir à réaliser l'objectif fixé sans dispersion des efforts ou répétitions inutiles.

Variable dans ses expressions mais permanente dans ses exigences et dans sa conformisation à la logique, la poursuite de l'élégance en droit participe bien de la rationalité mythologique : elle opère en ce point précis où le rationnel et l'affectif conjurent leurs puissances pour nous donner à croire en la bonne loi.

(46) P. STEIN, "Elegance in law" in The Law Quarterly Review, 1961, p.248.

CHAPITRE II : DISCUSSION DE L'HYPOTHESE MYTHO-LOGIQUE.

Section 1. Repérages historiques.

On se souvient que c'est en historien du droit que M. Legendre a entamé ses travaux. C'est en effet en étudiant de près la genèse du droit canon et notamment sa filiation avec l'héritage romain qu'il a pu élaborer ses hypothèses relatives à "l'Amour du censeur".

Ce travail pourrait être approfondi et élargi. Dans une certaine mesure cette mise à l'épreuve sur le terrain historique des thèses relatives à la mytho-logique s'impose même comme une nécessité théorique. Ces thèses prétendent en effet dégager un phénomène récurrent affectant la rationalité juridique ce qui, quels que soient les problèmes théoriques qu'une telle prétention suscite (cf. introduction de notre travail), implique logiquement qu'on puisse en retrouver des manifestations significatives tout au long de l'histoire de la pensée juridique occidentale. Il est clair cependant que procéder à une telle enquête dépasse à la fois nos compétences et les limites du présent travail. On pourrait, évidemment, se référer à l'oeuvre monumentale de Max Weber, dont on sait qu'il s'est attaché à suivre, avec une attention sans faille, les multiples facteurs qui ont contribué à la rationalisation du droit occidental (1). Nous lui emprunterons une seule citation qui est significative, par la variété des questions qu'elle soulève, de l'ampleur du domaine abordé: la rationalisation du droit, écrit Weber, "fut d'abord entreprise par les juristes italiens; il faut citer ensuite l'Usus modernus des pandectistes, les canonistes du Haut Moyen-Age et enfin les théories du droit naturel de la pensée juridique chrétienne, sécularisée par la suite. Les grands représentants de ce rationalisme juridique ont été les podestats italiens, les légistes français (qui ont trouvé les moyens de droit pour saper le pouvoir des seigneurs au

(1) M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, 5^e éd., Tübingen, 1972, pp.387-513; On law in Economy and society, op.cit.; cf. aussi, J. GROSCLAUDE, La sociologie juridique de Max Weber, thèse, Strasbourg, 1960 (avec une traduction); J. FREUND, "La rationalisation du droit selon Max Weber" in A.P.D., 1978, pp.69 et sv.

profit du pouvoir royal), les canonistes et les théologiens qui professèrent la théorie du droit naturel des conciles, les juristes de cours et les habiles juges des princes du continent, les théoriciens du droit naturel en Hollande et les monarchomaques, les juristes anglais de la Couronne et du Parlement, la noblesse de robe du Parlement de Paris et enfin les avocats de la Révolution française" (2). Quel que soit l'intérêt de développer chacune de ces rubriques, nous ne ferions pas, croyons-nous, oeuvre originale. Aussi, renonçant délibérément à toute prétention d'exhaustivité, nous nous contenterons d'opérer certains coups de sonde dans la longue histoire de la rationalité juridique, privilégiant les institutions, écoles et méthodes qui paraissent les plus significatives du point de vue de notre thèse.

Pour ce qui est du Moyen-Age, il nous suffira de rappeler ce que nous avons pu établir (Première Partie, Titre I) de la pensée juridique savante médiévale sur base des enseignements du professeur Godding (3).

Une attention particulière sera ensuite accordée aux pensées politiques et juridiques qui préparent les bouleversements institutionnels du XVIII^e siècle. Hobbes, "qui inaugure la théorie politique moderne" (4) et les penseurs de la révolution française mettent en place de nouveaux idéaux politiques sur lesquels se sont fondés nos ordres juridiques contemporains. L'analyse fera apparaître que tout en réalisant l'affranchissement des peuples de la tutelle des despotes, ces penseurs restaurent, sous des formes politiques nouvelles, le règne de la Loi en son infaillible perfection.

La renaissance du droit dans nos régions, aux XII^e et XIII^e siècles, s'appuie, comme on l'a vu, sur la redécouverte du Corpus iuris civilis : départ abrupt et fascinant.

Pour les juristes universitaires du Moyen-Age, les légistes "le prestige du droit romain est immense, sa perfection technique au

(2) M. WEBER, Le savant et le politique, Paris, 1959, pp.139-140.

(3) P. GODDING, "L'interprétation de la "loi" dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays-Bas méridionaux", loc.cit., pp.443 et sv.

(4) en ce sens, cf. V. GOLDSCHMIDT, La doctrine d'Epicure et le droit, Paris, 1977, p.47.

regard de la coutume et de la législation embryonnaire de l'époque est certaine. Les légistes sont convaincus de ce que le Corpus iuris civilis contient la solution de tous les problèmes que le droit est appelé à régir" (5). Armés d'un Texte suprême, les légistes le sont aussi d'une méthode infaillible : la scolastique (et son fameux trivium : grammaire, rhétorique, dialectique) dont les mille détours leur sont enseignés en même temps qu'aux philosophes et aux théologiens. Ainsi donc, avant que ne s'entame la représentation juridique occidentale moderne, tous les éléments du dispositif institutionnel propagateur de la croyance sont déjà en place : le Texte sacré, la méthode infaillible et les Docteurs (légistes universitaires).

Mais les glossateurs n'exerçaient pas seulement leur talent sur l'héritage romain; ils devaient également tenir compte du "ius proprium" : les coutumes et statuts locaux, dont la prolifération pouvait être une menace pour le droit domain, qualifié de "ius commune". Incompétents pour écarter ce "ius proprium", les légistes vont s'employer à en réduire la portée; le principe qui prévaut est que coutumes et statuts doivent être interprétés selon le droit commun de manière à s'écarter le moins possible de ce dernier, censé exprimer la ratio iuris et par rapport auquel tout écart s'interprète comme déviation.

Ce centralisme textuel -assomption des dispositions périphériques vers un centre unitaire et sublime- est assurément l'un des traits les plus constants de la méthode mythologique. On l'observera tout au long de l'ancien régime; nous en avons repéré des signes dans les rapports noués, au XX^e siècle, entre droit civil et droit social; on pourrait encore en montrer des manifestations dans les rapports qui se sont établis entre la législation métropolitaine et le patrimoine juridique des pays colonisés (6). Suivant en cela

(5) P. GODDING, ibidem, p.444; cf. dans le même sens, H. COING, "Trois formes historiques d'interprétation du droit" in Revue historique de droit français et étranger, 1970, p.535.

(6) cf. par exemple, cette circulaire du gouverneur général Clozel : "Notre ferme intention de respecter les coutumes ne saurait nier l'obligation de les soumettre à l'action du progrès" cité par E. LE ROY in Les chemins du savoir, Unesco, à paraître.

l' exemple des canonistes, les glossateurs refuseront même la possibilité pour une coutume d'abroger une disposition du Corpus au motif que la "potestas condendi leges" a été déléguée à l'empereur par le peuple (7).

Dans ses grandes lignes, c'est le même type de démarche intellectuelle qui se perpétuera, aux XIV^e et XV^e siècles, avec l' Ecole des post-glossateurs pourtant apparemment plus détachés des textes de Justinien. Sans doute, à cette époque, coutumes et statuts prennent-ils une importance croissante; mais ici encore leur exploitation extensive n'est tolérée que pour autant qu'ils soient conformes au "ius proprium", présumé rationnel.

Le fait véritablement nouveau de cette époque est l'affermissement progressif du pouvoir princier auquel correspond une production législative accrue dont l'interprétation est réservée à son auteur. A ce phénomène d'autorité se joint un événement scientifique : les légistes se mettent désormais au service du Prince (8). Ainsi s'opère la jonction entre la tradition romano-canonique dont ces légistes sont porteurs et la nouvelle réglementation princière dont l'interprétation est réservée à ce Prince et aux légistes qui l'entourent.

Ce glissement est important : il annonce à la fois une laïcisation et une nationalisation du discours juridique tout en perpétuant l'efficace du mythe sublime et de la méthode logicienne. Témoignent de cette continuité plusieurs coutumes homologuées de la première moitié du XVI^e siècle renvoyant l'interprète, en cas de lacune dans la réglementation, au droit commun écrit, c'est-à-dire à l'ensemble du droit romain et du droit canonique (9), à l'exclusion de "faictz ou usaiges" non repris dans le texte de la coutume (10).

(7) P. GODDING, ibidem, p.452.

(8) P. GODDING, ibidem, p.462.

(9) en ce sens, cf. J. GILISSEN, Le problème des lacunes en droit, Bruxelles, 1967, p.221.

(10) P. GODDING, ibidem, p.475.

Très caractéristique de ce mouvement de nationalisation et laïcisation du droit qui sait en même temps conserver l'acquis de l'héritage romano-canonique est l'oeuvre de l'anglais Thomas Hobbes. Son "Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile", publié en 1651, illustre bien ce carrefour en nous livrant d'emblée l'essentiel : son essence mytho-logique.

Le titre de cette oeuvre magistrale : "Léviathan" en témoigne déjà. Ce nom, emprunté à la mythologie phénicienne et maintes fois repris dans la Bible, désigne tantôt un serpent fabuleux, tantôt un monstre marin (11).

En quoi la République est-elle comparable à un Léviathan? Hobbes ne s'en explique pas expressis verbis mais le sens de la métaphore nous paraît des plus significatifs si l'on se reporte à ce que nous avons dit plus haut concernant l'usage du signifiant énigmatique ("Pontife" chez M. Legendre, "Grand Roi" chez MM. Deleuze et Guattari...) pour désigner l'Absent, le porteur du mythe suprême, personification de la loi et de l'ordre (12).

Tel est effectivement le niveau auquel Hobbes entend se situer, qui qualifie son oeuvre dans une lettre-préface "d'effort tendant à exalter le pouvoir civil "et cela" en ne parlant pas des hommes mais dans l'abstrait, du siège du pouvoir" (13).

Le frontispice de l'édition originale renforce encore considérablement cette percée sur le plan mytho-logique. On y voit,

- (11) en ce sens, La Sainte Bible, Nouvelle version SEGOND révisée, Alliance biblique universelle, p.2044, livre de Job, 41 : "Qui donc l'a affronté sans en pâtir? Personne sous tous les cieux!".
- (12) Contrairement à ce que soutient l'interprétation courante, le Léviathan a, dans l'esprit de Hobbes, une connotation positive; il est principe d'ordre et de paix, s'opposant ainsi au principe d'anomie et de désordre représenté sous les traits d'un autre monstre biblique, d'essence démoniaque : Behemot (en ce sens, S. GOYARD-FABRE, Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes, Paris, 1975, p.195, note 20).
- (13) T. HOBBS, Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile, trad. par F. TRICAUD, Paris, 1971.

dans la moitié supérieure, un personnage royal trônant au-dessus des montagnes et vallées : est-ce un Dieu, est-ce un homme? Impossible à dire : la main droite brandit l'épée, la main gauche, la crosse. Dieu ou homme, l'ambiguïté est entière et recherchée; en revanche deux notions sont claires : dans le ciel la phrase : "non est potestas super terram quae comparetur ei" reprise du paragraphe 41-24 du livre de Job et, dans le corps du monarque et dessinant ses contours, une multitude d'individus. La conjonction de ces symboles est significative : le monarque (ou la République, ou le Léviathan) est le siège de la toute-puissance et les sujets, pour autant qu'ils s'intègrent à ce grand corps, en partagent une parcelle des attributs, ce qui annonce déjà le thème de la "volonté générale" qui triomphera lors de la Révolution française.

La moitié inférieure de la gravure est tout aussi significative : y sont rangés de part et d'autre du titre, cinq petits tableaux mis en vis-à-vis; la série de gauche est relative au pouvoir civil, la série de droite au pouvoir ecclésiastique. Ainsi au château correspond l'Eglise, à la couronne, la mitre, au canon, les éclairs de la foudre divine. Les quatrièmes et cinquièmes médaillons méritent toute notre attention : en parallèle aux armes et drapeaux militaires, on y voit une série de fourches qui portent le nom de "syllogisme", "dilemne", "direct-indirect" symbolisant les armes du raisonnement intellectuel. Enfin, en parallèle à un champ de bataille guerrier, est représentée une séance de dispute théologique (à moins que ce ne soit un tribunal ecclésiastique).

Dans quelque sens que l'on parcourt cette gravure au symbolisme fulgurant, on reste confondu de la richesse des images qui s'y laissent entrevoir : en visionnaire génial du pouvoir, Hobbes suggère le lien intime reliant les autorités spirituelles et temporelles et l'ancrage des rapports de force (militaires, juridiques ou idéologiques) dans une symbolique du pouvoir, elle-même fondée sur le mythe du Personnage tout puissant et mise en oeuvre par des armes parmi lesquelles la logique ne le cède en rien aux canons.

De cette machinerie du pouvoir, Hobbes ne se contente pas de nous fournir des illustrations : il nourrit aussi le projet d'en

éclairer la science, bien conscient qu'il est que si le fondement du pouvoir est d'ordre mythique, son maintien, en revanche, repose sur le maniement adéquat d'une logique : "l'art d'établir et de maintenir les Républiques repose, comme l'arithmétique et la géométrie, sur des règles déterminées; et non, comme le jeu de paume, sur la seule pratique" (14).

Il n'entre pas dans nos intentions de détailler ces règles telles que Hobbes tente de les élaborer. Qu'il nous suffise de nous reporter à ce qu'il écrit relativement au raisonnement des juristes et qui se rapporte directement à cet art "d'établir et de maintenir les Républiques". On y trouve affirmée avec une vigueur exceptionnelle la thèse du législateur rationnel.

L'auteur va d'emblée à l'essentiel : "que la loi ne puisse jamais être opposée à la raison, nos légistes l'admettent" (15). Mais le doute porte sur un point : quel est celui dont la raison sera reçue comme loi? "Cela ne peut s'entendre d'aucune raison particulière, il y aurait en effet autant de contradictions dans les lois qu'il en est dans les Ecoles (...). Aussi la loi ne procède-t-elle pas de cette jurisprudentia ou sagesse des juges subalternes mais de la raison de cet homme artificiel que nous étudions ici, c'est-à-dire de la République et de ses commandements. Car la République étant, en son représentant, une personne unique, il ne saurait surgir facilement de contradictions au sein des lois; et s'il en est, la même raison est apte à les éliminer en les interprétant ou en les modifiant. Dans toutes les cours de justice, c'est le souverain (qui est la personne de la République) qui juge. Le juge subalterne doit avoir égard à la raison qui a poussé son souverain à faire une telle loi, de telle manière que sa sentence s'accorde avec cette raison : dans ces conditions la sentence prononcée est celle du Souverain; s'il n'en est pas ainsi, la sentence est celle du juge, et elle est injuste" (16).

(14) T. HOBBS, *ibidem*, p.219; notons que l'auteur ajoute cette observation, lourde de sens : "mais ces règles, les pauvres n'ont pas le loisir de les découvrir".

(15) T. HOBBS, *ibidem*, p.289.

(16) T. HOBBS, *ibidem*, pp.288-289; plus loin, l'auteur écrira encore : "l'intention du législateur est toujours supposée être conforme à l'équité; penser autrement du souverain, ce serait, de la part du juge, un grave outrage" (p.300).

Jamais semble-t-il la dérive mythologique de la rationalité juridique n'aura été aussi lucidement approchée : les juristes, serviteurs et membres du grand Léviathan, ont pour charge de "maintenir la République" en actualisant sans cesse la droite raison que recèle le Texte; la logique qui pourchasse les contradictions s'autorise de l'autorité du souverain, comme l'annonçait déjà la gravure de la page de garde.

L'ouvrage de Hobbes, dont nous ne développerons pas autrement le propos, nous paraît exemplaire : historiquement situé au croisement du mouvement de déclin des forces féodales et cléricales et du mouvement d'ascension des forces bourgeoises qui triompheront en 1789, il parvient à transcender cette inscription historique en pointant vers ce qui fait l'efficace du pouvoir et du droit, sous leurs transcriptions variées : le mythe d'un grand sujet menaçant et garant au service duquel opère la technique logicienne.

Les grandes révolutions française et américaine du XVIII^e siècle qui tentèrent de supprimer un système politique fondé sur la royauté et, au moins pour la première, l'Eglise, ne vont-elles pas parvenir à ébranler ce dispositif? On pourrait le croire, tant il est vrai que ces deux révolutions reposent sur le postulat affirmé selon lequel le pouvoir d'un seul, ainsi que tout le système de justification théorique qui le soutient, est intolérable.

Ce n'est donc pas seulement le Roi qui est visé mais le divin mandat dont il s'autorise. Le personnage innombrable qui entre alors en scène, et cela parallèlement au phénomène sociologique de la montée de la classe bourgeoise et au phénomène économique d'accumulation capitaliste, c'est l'individu comme sujet politique. Voilà la nouvelle source de légitimité et la marque du droit positif : la volonté individuelle qui s'oblige, l'autonomie de la volonté selon le texte kantien dont on trouve un écho direct dans l'article 1134 du Code civil. La formule pourtant n'est pas évidente : si, d'une certaine manière et sans nier les énormes problèmes éthiques que l'impératif "d'autonomie de la volonté" suppose, on peut concevoir que cette autonomie puisse guider un comportement éthique

individuel, il n'en va plus de même du comportement collectif que la norme juridique a pour vocation de régir.

Seul est légitime le droit voulu par l'individu mais par ailleurs le pouvoir personnel (royal ou autre, et toujours synonyme d'arbitraire) est proscrit : de telle sorte qu'on aboutit à cet étrange paradoxe que n'est acceptable que la règle générale (de par sa source et son objet) voulue par les individus composant la nation. De l'autonomie de la volonté à la souveraineté de la volonté générale s'opère un étrange glissement par où passe, une fois encore, la croyance. Alors que la récusation du pouvoir personnel et de l'arsenal idéologique qui le justifiait était menée au nom d'une légitime prétention à la liberté, voilà qu'en ce point déjà la liberté se troque contre la loi.

Expression de la volonté générale et donc - équivoque soigneusement entretenue - des volontés individuelles (cf. article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789), la loi nouvelle est bonne et exige obéissance; brutalités de la Terreur et fastes napoléoniens : il ne faudra pas attendre longtemps pour que le nouveau dispositif s'avère opérationnel.

Cet échange de la liberté et de la loi, ce passage de la liberté sous la loi est très clairement exprimé par Robespierre qui proclamait : "Les rois et les aristocrates ont très bien fait leur métier, c'est à vous maintenant de faire le vôtre, c'est-à-dire de rendre les hommes "heureux et libres par les lois"" (17). Ainsi le fondement du nouveau pouvoir qui s'installe repose sur le consentement de l'individu à une obligation dont il se croit être la source. Voilà le subterfuge générateur de la croyance et de l'obéissance corrélatives. M. Arnaud a bien observé ce phénomène, qui écrivait à propos de cette nouvelle croyance : "Le Droit présente ce caractère particulier de faire accepter par les individus des règles dont ils ressentaient l'existence comme une contrainte insupportable aussi longtemps qu'elles étaient assimilées au triomphe d'une Eglise. Le tour de passe-passe consista à remplacer une théologie par une autre

(17) ROBESPIERRE, Discours et rapports de la convention, édités par M. Bouloiseau, Paris, 1965, p.131.

en laissant croire qu'avec un changement de dénomination c'était un progrès réel qui s'accomplissait" (18). Poursuivant dans cette ligne, directement inspirée par la pensée de M. Legendre, Mme Pisiér-Kouchner observe quant à elle : "de par sa volonté (générale), dans son intérêt (général) l'individu raisonnable règne : les nouveaux prêtres du vieil Etat s'y retrouveront sans mal. (...) La soumission est devenue désir de la soumission et la Révolution nous fait tenir pour neuve l'obligation politique en ses termes équivalents de liberté et de pouvoir" (19).

"Désir de la soumission", n'est-ce pas cela qu'exprime la France révolutionnaire, trouvant son chef en Bonaparte, comme en témoigne cette admirable prescription du 2 août 1802 : "Le Sénat portera au Premier Consul l'expression de la confiance, de l'amour et de l'admiration du peuple français" (20).

Soumission devenant désir de la soumission : telle est la vieille recette assurant la pérennité du pouvoir; l'expérience historique tout comme la théorie freudienne en attestent. MM. Deleuze et Guattari soulignant fortement ce renversement qui rend aimable le pouvoir: "Nous retombons toujours sur le paradoxe monstrueux: l'Etat est le désir qui passe de la tête du despote au coeur des sujets, et de la loi intellectuelle à tout le système physique qui s'en dégage ou s'en libère. Désir de l'Etat, la plus fantastique machine de répression est encore désir, sujet qui désire et objet du désir, telle est l'opération qui consiste toujours à ré-insuffler de l'Urstaat originel dans le nouvel état de choses, à le rendre autant que pos-

(18) A.J. ARNAUD, "Communication au séminaire de pensée politique" (Jean Duprat), juin 1975, cité par E. PISIÉR-KOUCHNER, "L'obéissance et la loi : le droit" in Histoire des idéologies, t.III, Paris, 1978, p.124; cf. aussi G. MAÏRET "Peuple et nation" in Histoire des idéologies, op.cit., p.63 : "en maintenant la souveraineté comme principe de l'Etat, les révolutionnaires perpétuaient le prince (...). La révolution doit être considérée comme le recommencement du modèle étatique".

(19) E. PISIÉR-KOUCHNER, ibidem, p.125.

(20) Senatus-consulte du 14 Thermidor an X (2 août 1802) qui proclame Napoléon Bonaparte premier consul à vie, art.3 in Les constitutions de la France depuis 1789, Paris, 1970, p.167.

sible immanent au nouveau système, intérieur à lui" (21).

Voilà donc, sommairement évoqué, le dispositif mis en place à la Révolution et reconduisant l'obéissance à la règle. Mais, comme tel -passage de la liberté sous la loi et équivoque de la "volonté générale"- il est trop abstrait pour être vraiment intériorisé. Il lui manque encore la présentation mythifiante indispensable à l'exaltation du pouvoir; on en revient toujours là : il faut obéir à la loi car la loi est bonne et son auteur est juste.

Cette fonction de garantie de la perfection de la loi, jadis c'était Dieu ou le Roi qui l'exerçait ; avec les modernes, le rôle sera tenu par la Raison. Raison statufiée et déifiée, promenée dans les rues de Paris et offerte à l'adoration du peuple (22).

De longue date, la doctrine avait préparé les esprits à ce triomphe de la raison. Condorcet déjà incitait le législateur à puiser la matière des préceptes qu'il édicte dans les enseignements de la raison : "ce n'est point dans la connaissance positive des lois établies par les hommes qu'on doit chercher à connaître ce qu'il convient d'adopter, c'est dans la raison seule, et l'étude des lois instituées chez les différents peuples et dans les différents siècles n'est utile que pour donner à la raison l'appui de l'observation et de l'expérience" (23).

Cet accès de l'esprit à la raison est -en principe- donné en partage à tous les membres de la nation; c'est même sur ce postu-

(21) G. DELEUZE et F. GUATTARI, op.cit., p.261.

(22) "Serments civiques, fêtes patriotiques, pompe de la promulgation -tout était agencé pour assurer à l'innovation législative une réception triomphale. Mais cette publicité eût été inefficace si elle n'avait rencontré, dans le public, une conviction enthousiaste et a priori de la bonté de la loi"; J. CARBONNIER, "La loi est-elle un mal?" in L'hypothèse du non-droit, Liège, 1978, p.302. Il faut cependant se garder d'exagérer l'importance de l'apparat mythologique en lequel se présente le pouvoir à l'heure du libéralisme triomphant. Si l'amour du pouvoir reste le fondement de toute soumission, la force de l'âge capitaliste est de masquer cette vérité en formalisant à l'extrême les rapports sociaux qui, à la limite, peuvent fonctionner sans modèle transcendant à reproduire. Comme disent MM. Deleuze et Guattari, l'âge capitaliste s'emploie à relativiser les codes moraux, culturels, religieux et à les remplacer par une axiomatique d'autant plus contraignante qu'elle est immanente au corps social lui-même (L'anti-Oedipe, op.cit., pp.302 et sv.)

(23) CONDORCET, Essai sur les assemblées provinciales, 2è partie, art. VI.

lat que repose le droit politique reconnu aux citoyens de participer à l'élaboration de la loi. "Une nation doit faire elle-même ses lois, parce qu'elle est composée d'êtres intelligents à qui Dieu a donné une raison pour juger de ce qui leur convient" (24).

Cette idée d'une communion de tous les hommes dans un jugement collectif et infaillible de l'intérêt général est très caractéristique du XVIII^e siècle de l'Aufklärung. Remarquons cependant que, le moment venu, des restrictions interviendront et que le jugement de ce que requiert l'intérêt général sera réservé à la raison d'interprètes privilégiés au motif que le peuple "n'a que des pensées viles et basses qui l'empêchent de s'élever par ses méditations jusqu'au principe d'une sage politique" (25). Ainsi, si la volonté générale s'identifie à la raison, tous ne participent pas de la même manière à l'élaboration de cette volonté. Mais cela n'est finalement qu'une conséquence évidente de l'idéalisation de la loi que réalise la pensée révolutionnaire : pour que la loi soit expression de la raison éternelle, il faut évidemment la soustraire à l'influence des intérêts particuliers. Pour Montesquieu et Rousseau, par exemple, la loi est bien plus la traduction d'un ordre idéal (conçu sur le modèle des lois scientifiques décrivant l'équilibre des forces physiques) que l'instrument de réalisation de politiques (et, a fortiori, de luttes) particulières.

Ainsi Montesquieu écrit -et cette définition sera reprise dans l'Encyclopédie- : "la loi, en général, est la raison humaine en tant qu'elle gouverne les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine" (26). Rousseau précise quant à lui : "la volonté générale est le principe qui dérive de la nature des choses et est fondé sur la raison" (27).

(24) MABLY, Doutes sur l'ordre naturel des sociétés politiques, Oeuvres, 1792, t.XI, livre 7.

(25) SIEYES, Discours à l'assemblée constituante, 7 sept. 1789, Arch. Parl., 1^{ère} série, t.VIII, p.594.

(26) MONTESQUIEU, Esprit des lois, I, 3.

(27) J.J. ROUSSEAU, Du contrat social in Oeuvres complètes, t.III, Coll. La Pleïade, Paris, 1975, p.380.

Plusieurs caractères généralement prêtés à la loi et souvent considérés comme participants de son essence se dégagent de cette conception.

Et d'abord l'immutabilité et la permanence de la loi. Parce qu'elle exprime, selon l'article 1er du titre 1er du projet de Code civil (28), "le droit naturel universel et immuable", la loi ne doit guère connaître de changements. Cambacérès, retrouvant les accents mytho-logiques caractéristiques des grandes rencontres entre discours et pouvoir, parlera du Code comme "dépôt sacré" (29); même ton chez Bigot-Préameneu qui fait du Code civil une "arche sainte" (30) soustraite aux aléas du temps.

Découlent également de la nature rationnelle de la loi, ses caractères d'abstraction et de généralité. S'élevant d'emblée à l'essence des situations concrètes, la loi peut les régler dans leur abstraction et leur généralité. Disposant ainsi par voie des maximes générales plus que par réglementation d'espèces, la loi n'en épouse que mieux les dispositions du droit naturel.

Mais il est encore un autre trait qui accompagne la conception dogmatique de la loi comme expression de la volonté raisonnable. Ce trait est essentiel puisqu'il concerne directement le statut du législateur. Nous avons déjà évoqué le fait que cette conception idéaliste entraînait l'exclusion du peuple du processus d'élaboration concrète de la loi. Il faut maintenant aller plus loin et remarquer que la conception de la représentation nationale, fondement de l'action du législateur et solidaire de la représentation idéaliste de la loi, aboutit elle aussi à une manière de censure de la spontanéité législative au profit d'une conformisation aux préceptes de la juste raison.

Techniquement, la notion révolutionnaire de la représentation nationale repose sur trois propositions qui tendent toutes

(28) FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t.II, p.3.

(29) FENET, op.cit., t.I, p.10.

(30) LOCRE, Législation civile, t.I, p.112.

à dépouiller le corps législatif de son indépendance (31). Selon la première proposition, les députés représentent la nation entière et non telle région ou tel groupe d'intérêt, ce qui implique nécessairement l'unité organique de la nation (32). La seconde proposition, renforçant la première, veut que les députés soient indépendants de leurs collègues électoraux : ils ne sont donc investis d'aucun mandat particulier. Enfin, troisième proposition, le député veut pour la nation : sa volonté s'identifie avec celle de la nation dont il est l'organe. La compétence législative dévolue au législateur est donc exclusivement fonction de sa qualité d'organe de la nation. Ce système, par ailleurs très cohérent, entraîne l'inscription du travail législatif dans une filière conceptuelle -volonté nationale, volonté générale, volonté rationnelle- de type idéaliste dont l'effet est de neutraliser les potentialités de l'initiative législative.

M. Burdeau a très bien observé ce phénomène qu'il qualifie "d'effacement du législateur" (33). Pour lui, le système représentatif mis en place "a pour fonction non pas tant d'affirmer l'inaliénable souveraineté du peuple que de refuser au législateur toute autorité véritable" (34). C'est que la véritable autorité réside dans la loi elle-même, loi identifiée à la règle de droit naturel et rationnel : "il n'y a en France d'autorité supérieure à celle de la loi" dit la Constitution de 1791 (art.3, tit.III, chap.II, sect.1) Voilà donc désigné le foyer réel du nouveau pouvoir mis en place : la loi en sa perfection raisonnable.

Remarquons au passage que seule une telle idéalisation de la loi permet de comprendre ensemble la doctrine révolutionnaire de la séparation des pouvoirs (trois pouvoirs égaux et juxtaposés) et

(31) en ce sens, cf. G. BURDEAU, "Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français" in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1939, n°1-2, p.25.

(32) "La République est une et indivisible" : par là s'opère le passage du corps du Prince au corps de la nation. Le modèle équivoque du frontispice du Léviathan -le monarque contenant les sujets en son corps- est ainsi réactualisé.

(33) G. BURDEAU, ibidem, p.25.

(34) G. BURDEAU, ibidem, p.24.

la subordination de l'exécutif et du judiciaire à la loi comme l'expression d'une volonté supérieure dont le législateur est seulement l'organe, pour que l'ensemble de la construction se justifie; comme le remarque M. Weil : "défaut formel de la définition, ce renvoi inconscient à la loi révèle aussi la nature de la forme constitutionnelle de l'Etat. C'est l'existence agissante et efficace d'une loi fondamentale qui, sans qu'elle ait obligatoirement un statut particulier parmi les lois, est reconnue comme telle par tous" (35).

Certes, on pourra dire que toute cette construction est seulement théorique : limitée -en théorie- par les constructions de la représentation nationale et de la volonté générale, l'initiative parlementaire se révèle dénuée de toute espèce de frein dans la pratique. On pourra relever les bouleversements idéologiques qui ont agité les différents corps législatifs français de 1789 à 1804; on pourra insister sur la récupération du dynamisme révolutionnaire par les forces bourgeoises et démontrer combien l'oeuvre normative concrète qui résulta de la codification napoléonienne rencontrait les intérêts et les aspirations de cette bourgeoisie.

C'est le même genre d'arguments que nous avons déjà souvent rencontrés à propos de la position du juge : en théorie, soumis au prescrit de la loi mais en pratique -du moins selon ces objections- libre de l'interpréter à sa guise. Ces objections ne sont pas fausses et elles ont le mérite de la lucidité sociologique : tout dispositif institutionnel opère au service de certaines conjonctions de forces et d'intérêts; il est indispensable d'en évaluer l'importance et d'en comprendre le fonctionnement. Nous pensons cependant que ces analyses ne rencontrent pas fondamentalement la nature du rapport droit-pouvoir tel qu'il se perpétue au travers de ses modifications historiques. Il faut en effet comprendre que quels que soient les forces et intérêts en présence, ceux-ci ne trouvent à s'exprimer et s'exercer que par le truchement d'institutions et de discours dont l'assimilation de la logique propre est précisément l'enjeu des luttes de pouvoir. C'est la compréhension de cette logique plus que le repérage des forces en présence qui jettera quelque éclairage sur les fondements du pouvoir et du droit.

(35) E. WEIL, Philosophie politique, Paris, 1956, p.164.

Le thème de la volonté générale et raisonnable, lié à tous les thèmes qui lui sont associés : séparation des pouvoirs, représentation nationale, etc...loin d'être un paravent théorique, est le passage que se fraie, à partir de 1789, l'entreprise de raréfaction du discours et donc de maîtrise du pouvoir : de politique, la loi imputée à la volonté générale, se fait juridique, conforme et admirable (36).

M. Burdeau qui suit de très près cette alchimie, ne se lasse pas d'en admirer l'efficace; c'est tout naturellement que pour l'évoquer, il retrouve le langage de la mythologie : "la loi, même issue des débats de l'assemblée, soutenue et attaquée au nom de tendances strictement politiques, votée enfin en considération de cette signification politique, reste intégralement et exclusivement juridique. Tous ces avatars n'ont pu ternir en elle la règle de droit qu'elle incarne; comme ces personnages de légende qui passent à travers le feu sans en éprouver le moindre mal, la loi passe à travers le creuset politique et n'en conserve aucune éclaboussure. Conception étonnante -admirable d'avoir été admise avec une foi quasi-religieuse par l'immense majorité des esprits- qui constitue l'assise fondamentale de tout le droit public de la Révolution" (37)

Poursuivant son étude de la notion de loi dans le temps, M. Burdeau en arrive au XX^e siècle pour constater que, sous les coups de l'Ecole historique notamment, cette "conception étonnante et admirable" s'affaiblit au point que l'on peut parler aujourd'hui de "déclin de la loi". Phénomène encore renforcé par la dépréciation générale du travail parlementaire et le renforcement corrélatif des

(36) Cette réflexion sur la loi pourrait d'ailleurs se doubler d'une réflexion parallèle sur l'Etat-nation qui se présente, à l'heure où le peuple monte sur la scène de l'histoire après avoir récusé les rois et les dieux, comme le dernier avatar des figures d'autorité. L'Etat-nation c'est l'incarnation (comme l'était jadis le totem ou le roi) de la masse qui se vit désormais comme peuple souverain; référence cette fois immanente au groupe lui-même, l'Etat fonctionnera d'autant mieux comme appareil d'uniformisation de ce peuple en réalité divers et opposé (en ce sens, cf. E. ENRIQUEZ, "Du crime au groupe, du groupe à l'Etat", loc.cit., pp.49-50).

(37) G. BURDEAU, ibidem, p.24.

réglementations imposées par les exécutifs en liaison à l'établissement progressif de ce qu'il est convenu d'appeler la "bureaucratie".

Nous pensons cependant que, quelles que soient les mutations enregistrées dans le système institutionnel de nos Etats, demeure dominante la "conception étonnante et admirable" qui rattache la loi à une volonté juridique supérieure et rationnelle. Nous avons eu l'occasion de le montrer au fil de nos analyses sur la figure du juge qui reste très attaché à cette représentation et cela en dépit du hiatus de plus en plus flagrant entre cette conception et la pratique de la production normative. Non que les magistrats soient inconscients de ces contradictions -ils sont nombreux à les dénoncer (38)- c'est qu'ils savent le danger pour la classe juridique d'abandonner la "conception étonnante et admirable" qui, transformant la loi en Texte et le législateur en Pontife, les consacre Docteurs (39).

Du reste, il n'est qu'à poursuivre la lecture de M.Burdeau pour trouver une illustration significative de l'attachement de la doctrine à la conception mythologique de la loi. Constatant que "l'Ecole libérale a ruiné l'idée d'une plénitude logiquement néces-

(38) cf. notamment, J. LECLERCQ, "Réflexions sur un principe général de droit : la répétition de l'indû" in J.T., 1976, p.105.

(39) Les manifestations de cette "conception étonnante" qui revient à transformer le politique en juridique, ou encore le conflit en règle de droit, abondent. Ainsi, par exemple, l'action des conseillers sociaux auprès des tribunaux et cours du travail. On sait que ces conseillers sont présentés par les organisations représentatives des milieux professionnels auxquels ils appartiennent; rien cependant ne transparait de cette appartenance (et de la nécessaire adhésion idéologique qu'elle entraîne) dans l'exercice de leur office judiciaire ainsi qu'en témoigne U. Deprez, président de la Cour du travail de Bruxelles: "les juges professionnels sont unanimes pour louer l'indépendance dont témoignent les juges sociaux en cours du délibéré (...). Jamais les juges sociaux, quelle que soit leur appartenance, ne se laissent guider par l'intérêt personnel ou par l'intérêt du groupe qui les a présentés. Ils se soucient essentiellement d'appliquer la loi" (U. DEPREZ, "Les juridictions du travail" in Revue de l'université de Bruxelles, 1978, n°1-3, p.277).

saire de la législation écrite, c'est-à-dire a amoindri, jusqu'à l'anéantir, l'idée de loi" (40), M. Burdeau déplore le fait que "là où régnait naguère la puissance ordonnatrice de la loi, il n'y a plus que rivalités de doctrines, incertitudes, désordres au milieu d'une abolition totale de l'autorité" (41). L'auteur est bien conscient du danger d'une telle situation pour la poursuite de la scène juridique classique.

Ce n'est rien moins que le mythe de la chute qui est évoqué : "dans cette course à l'étoile où la conscience individuelle s'efforce d'entraîner les institutions juridiques, la loi est une base de départ que l'on ne peut négliger sans risquer d'encourir le sort d'Icare". Précisant son point de vue, M. Burdeau n'hésite pas cette fois à user de la terminologie théologique : "il est attristant de voir les juristes eux-mêmes s'associer à ce culte primitif de la vie, que, par vocation, ils devraient tenir pour un paganisme, aux rites duquel ils seront d'ailleurs inévitablement sacrifiés" (42). Quel est alors le chemin de l'orthodoxie? La solennelle mise en garde qui clôture l'article nous renseigne à ce sujet : "il est urgent de faire de la loi l'objet de toutes nos sollicitudes", sans quoi les juristes "seront réduits, en tant que théoriciens- car la réglementation positive ne cessera de fournir matière à leurs commentaires- à être les exégètes d'une religion périmée..." (43).

Telle est la voie du salut : s'écartant du "paganisme" (conception sociologique de la loi, la mettant au service des luttes sociales) et de la "religion périmée" (conception positiviste se bornant à l'exégèse formaliste des textes), il convient de revivifier le culte éternel -"faire de la loi l'objet de toutes nos sollicitudes"- qui restaure le prestige et les techniques de la mythologie.

(40) G. BURDEAU, ibidem, p.42.

(41) G. BURDEAU, ibidem, p.43.

(42) G. BURDEAU, ibidem, p.29; le passage suivant vise le droit social, "droit sans certitude et sans technique".

(43) G. BURDEAU, ibidem, p.55.

C'est sur ce programme, redécouvert par un historien du droit et proposé aux générations de juristes à venir, que nous clôturerons cette section consacrée au repérage de quelques temps forts du processus récurrent de redéploiement de la rationalité mythologique.

Section 2. Mythologie et imaginaire.

L'analyse de la rationalité juridique en termes de mythologie, telle que nous l'avons menée jusqu'ici, s'inscrit dans une perspective psychanalytique ouverte par Freud et approfondie par M. Legendre ainsi que par MM. Deleuze et Guattari. Quelle que soit la fécondité de cette approche, elle n'épuise pas, nous semble-t-il, la richesse de la mythologie juridique. Par ailleurs, elle s'expose inévitablement aux objections auxquelles se prête toute tentative d'application des hypothèses freudiennes aux phénomènes sociaux; par exemple la question de savoir comment une juxtaposition ou une somme de fantasmes privés peut donner consistance à un mythe collectif (44).

Limités par notre sujet, nous ne pouvons aborder ces questions fondamentales qui n'ont d'ailleurs pas encore reçu de réponse définitive. En revanche, une confrontation des premiers résultats auxquels nous avons abouti avec des hypothèses empruntées à d'autres champs des sciences humaines semble à notre portée. C'est même, selon nous, une nécessité du travail en sciences humaines que de soumettre l'objet de recherche -ici les fondements de la rationalité juridique- au feu croisé de diverses disciplines. A défaut d'une explication globale et décisive, cette manière de progresser, en même temps qu'elle garde la recherche de l'enfermement disciplinaire et du dogmatisme corrélatif, développe de nouvelles virtualités de l'objet d'étude. Certes, une telle méthode s'expose à la fois au risque de syncrétisme et à l'apparition de liaisons approximatives,

(44) sur ces questions, cf. C. BACKES, "Idéologie et inconscient" in Centenaire du Capital, Paris, 1969, pp.170 et sv.; cf. aussi le numéro 11 de la revue Pouvoirs (1979,11) qui contient plusieurs articles relatifs aux rapports de la psychanalyse à la science politique.

voire de contradictions réelles dans le cours de l'exposé. Assumons ces risques, persuadés que nous sommes que l'approfondissement de la mytho-logique juridique passe par la confrontation de théories diverses; et si un tel exercice faisait surgir de nouvelles interrogations, leur traitement pourrait bien s'avérer bénéfique à notre entreprise.

Le point de départ que nous adoptons présentement réside dans la tradition philosophique. Non pas vraiment dans le droit fil de cette tradition : le thème que nous poursuivons du logique ancré sur les pouvoirs de la fiction est trop excentrique par rapport à la pensée héritée pour avoir été abordé de front par la métaphysique. C'est plutôt en marge de cette tradition, au creux d'une problématique secondaire et le plus souvent oubliée -celle de l'imagination- que nous trouverons les éléments nécessaires à la construction d'un statut philosophique de la mytho-logique caractéristique de la pensée juridique.

Il s'agira d'abord, à la suite de MM. Castoriadis et Ricoeur qui restaurent aujourd'hui les puissances de l'imaginaire, d'arracher l'imagination à la situation dépendante que lui impose la philosophie classique. Une fois repéré le rôle radical et constituant de l'imagination dans les processus cognitifs individuels comme dans les processus de création historique, on pourra étudier la place et les fonctions de l'imaginaire dans la genèse et la survie des institutions. C'est ici que nous retrouverons le discours juridique, discours éminemment institué et plus que tout autre postulant sa propre transparence comme son adéquation aux objectifs sociétaux conscients et, pourtant, discours traversé par cet "imaginaire" qui ordonne son symbolisme et subvertit secrètement sa logique.

Dans son traité "De l'âme", Aristote aborde le problème de l'imagination. Une place lui est à faire entre l'"aistheton", le sensible, et le "noéton", l'intelligible, deux puissances dont le statut et même les rapports sont clairement assurés. En revanche, le rôle et la nature de l'imagination font problème : elle ne peut être, conclut Aristote au terme d'un long exposé, ni sensation, ni intellection; elle serait plutôt comme une sorte de mouvement intérieur impossible sans la sensation : c'est la célèbre définition du

livre III (429a, 1-2) : "l'imagination est mouvement qui advient à partir de la sensation en acte".

Tel sera le fondement de la doctrine conventionnelle relative à l'imagination; plusieurs traits s'en dégagent qui confirment la place subordonnée qu'une tradition philosophique polarisée par l'être et la raison réserve à l'imagination : d'abord l'imagination est reléguée au plan psychologique et coincée entre l'intellection et la sensation sous la dépendance de laquelle elle opère; ensuite son activité est de simple rémanence selon des processus de reproduction et de recombinaison des contenus sensoriels; enfin, ses productions elles-mêmes, décalques affaiblis des images sensibles, sont suspectées d'illusion, de tromperie et de déficience. Hume par exemple décrira l'imagination comme simple reproduction distordue d'expériences sensibles; Pascal dénoncera la puissance d'erreur et de mensonge qu'elle recèle.

"Un champ de mines", "un noeud d'apories", tel se présente aujourd'hui, selon M. Ricoeur (45), la théorie de l'imagination. Cette occultation de l'élément imaginaire est caractéristique, pour M. Castoriadis, de la pensée métaphysique qui s'est développée en réflexion sur l'être comme déterminé ou comme principe de détermination et sur la raison comme vérité ou principe de vérité (46). Il y a là la quête passionnée d'un ancrage dans un au-delà du divers et de l'éphémère qui entraîna le recouvrement des puissances susceptibles de briser les déterminations établies; d'où la réduction de l'imaginaire à un rôle subordonné et étroitement surveillé.

Mais l'entreprise d'occultation ainsi désignée n'a pas toujours réussi. En deux endroits du texte philosophique s'opère une percée en direction d'un abîme bordant la raison, suspendant du même coup l'ensemble de son oeuvre. Il est symptomatique de constater, avec M. Castoriadis, que ces deux ouvertures sont elles-mêmes par-

(45) P. RICOEUR, "L'imagination dans le savoir et dans l'action" in Savoir, faire, espérer. Les limites de la Raison, t.I, Bruxelles 1976, p.210.

(46) C. CASTORIADIS, "La découverte de l'imagination" in Libre, 1978, n°3, Paris, p. 151.

tielles et constitutives de profondes contradictions dans le texte de leurs auteurs : Aristote et Kant.

Aristote, père de la doctrine conventionnelle de l'imagination, ne s'est pas satisfait de ses premières conclusions; revenant sur le rôle de l'imagination et rompant l'ordonnance logique de son traité "de l'âme", il en donne une toute autre version, infiniment plus radicale, sans qu'aucune synthèse ne puisse être tentée entre les deux approches, la contradiction étant elle-même radicale. Il écrit maintenant : "Jamais l'âme ne peut penser sans fantasme (...). Lorsqu'on pense, il est en même temps nécessaire de contempler quelque fantasme" (47).

Ainsi maintenant le fantasme, produit de la "phantasia", l'imagination, s'insinue jusqu'au coeur de la pensée et accompagne chacune de ses démarches. Ce qui conduit à constater que les premiers noèmes -noèmes originaires- sont peut-être bien des fantasmes purs et simples; à tout le moins ne peuvent-ils être sans fantasmes. Ni sensible, ni intelligible, le fantasme est, en langage kantien, car c'est bien un schématisme qui s'élabore ici, la "condition transcendantale" de la pensée. Du même coup est ébranlée la distinction claire entre le sensible et l'intelligible; mieux : "la possibilité pour la pensée de distinguer le vrai et le faux -et, derrière eux, l'être et le non-être- repose sur quelque chose qui ne tombe pas sous les distinctions du vrai et du faux et qui, dans son mode d'être comme dans le mode d'être de ses oeuvres -les phantasmata- n'a pas lieu dans les régions de l'être telles qu'elles apparaissent assurément établies par ailleurs" (48).

On mesurera l'ampleur de la brèche réalisée dans l'ontologie aristotélicienne classique en rappelant la doctrine maintes fois affirmée de l'accès de la pensée à l'essence. L'aporie est complète, le scandale absolu et la lignée des interprètes s'emploiera à l'étouffer.

Il faut attendre Kant et "La critique de la raison pure", pour renouer avec la pensée de l'abîme. C'est la découverte, bien connue, de l'imagination transcendantale comme médiation entre le donné empirique

(47) De l'âme, livre III, champ.7 (431 a 14-432 a 14), trad. C. CASTORIADIS, loc.cit., pp.156-157.

(48) C. CASTORIADIS, loc.cit., p.188.

rique et les catégories de l'entendement mais plus encore comme faculté de se donner l'horizon de toute pensée : "nous avons donc une imagination pure, comme pouvoir fondamental de l'âme humaine, qui sert a priori de principe à toute connaissance" (49).

Heidegger s'est attaché à décrire la profondeur et l'originalité de cette vision kantienne mais aussi comment Kant, dans la seconde édition de son oeuvre, était revenu sur sa découverte, conscient qu'il était de l'ébranlement qu'elle produisait dans l'édifice métaphysique et dans sa propre pensée (50).

Héritière de ces hésitations et de ces échecs, la théorie de l'imagination reste donc à faire. En ce qui concerne l'imagination individuelle, on pourrait prendre appui sur les intuitions d'Aristote et de Kant pour penser enfin l'imagination comme pouvoir positif d'abolir les déterminations particulières et comme production de formes. Mais en ce qui concerne l'imaginaire collectif -le terme n'existe même pas dans la pensée philosophique- l'occultation et le silence ont été absolus. On ne parvient pas à penser comment une société conçoit et réalise un changement de son dispositif institutionnel et du cortège de représentations théoriques et symboliques qui l'accompagnent. A l'âge moderne on a bien tenté de valoriser ce processus de création historique des sociétés, mais ce fut sous les traits d'un progrès de la raison réalisant son auto-accomplissement, ce qui revient évidemment à neutraliser complètement l'ouverture introduite par la question.

Cette question, MM. Ricoeur et Castoriadis la reprennent aujourd'hui.

M. Castoriadis tente de théoriser un imaginaire radical dont chaque société serait dépositaire; c'est à cette société "instituyente" qu'il revient dès lors de créer sa propre histoire. La

(49) E. KANT, Critique de la raison pure, op.cit., p.139.

(50) Il n'est que de comparer les pages 138-139 de la première et de la seconde édition pour mesurer l'ampleur du recul. Sur l'interprétation heideggerienne de celui-ci, cf. L. FONTAINE-DE VISSCHER, "La pensée du langage chez Heidegger" in Revue philosophique de Louvain, t.64, 1966, pp.226 et sv.

pensée de M. Castoriadis débouche ainsi sur l'exigence révolutionnaire; c'est que toujours la spontanéité instituante s'aliène dans ses oeuvres instituées. Où l'on rejoint M. Ricoeur qui note avec beaucoup de perspicacité que "nous n'atteignons l'imaginaire social qu'à travers les figures de la conscience fausse" (51). Ces figures de la conscience fausse sont respectivement l'idéologie et l'utopie; l'idéologie est la version de l'imaginaire social qui tend à la conservation, à la justification et à l'idéalisation de l'institution existante; en revanche, l'utopie est la version de l'imaginaire social qui tend à la subversion de ce qui fonctionne au profit de nouvelles et d'autres formes de pouvoir. La dialectique entre ces deux formes cristallisées et, d'une certaine manière, pathologiques d'imagination socio-historique est permanente et incontournable : l'histoire n'est faite que du choc et de la succession de ces deux types de discours et du cortège d'institutions qu'ils secrètent.

Ces remarques nous paraissent très importantes : elles impliquent que chaque forme historique donnée d'exercice du pouvoir est redevable d'une production imaginative, d'une "constitution symbolique du lien social" dans laquelle M. Ricoeur voit une "condition transcendantale constitutive du champ historique" (52). C'est cet imaginaire qui, fonctionnant comme genèse de connexions nouvelles, à l'instar de l'imagination productrice dans le cas de l'expérience objective, crée les multiples médiations constitutives du lien social. Mais celles-ci, à peine produites, s'objectifient nécessairement, entraînant réification et aliénation du procès social.

L'étude du discours institutionnel, et, en ce qui nous concerne, du discours juridique, devrait permettre d'illustrer et d'approfondir ces premières notations. Tributaire du finalisme de la pensée moderne, notre compréhension de l'institution est le plus souvent fonctionnaliste : on explique l'institution par le rôle qu'elle joue dans le système global, étant sous-entendu que l'ensemble forme une entité réelle-rationnelle au bon (ou mauvais) fonctionnement de laquelle chaque partie contribue. Vision partielle et problématique

(51) P. RICOEUR, ibidem, p.228.

(52) P. RICOEUR, ibidem, p.220.

puisque outre le postulat de correspondance des moyens aux fins, elle implique aussi une correspondance entre les caractères de l'institution et les besoins et ressources réels de la société, ce qui implique que ceux-ci puissent être définis en toute certitude. Est ainsi notamment visée l'explication marxiste de la société capitaliste, explication sans doute consciente d'un niveau d'autonomie propre au discours institutionnel mais incapable, selon M. Castoriadis, d'en rendre vraiment raison en dehors d'une perspective fonctionnaliste (la détermination "en dernière instance" par l'infrastructure économique) (53).

Les interprètes contemporains de Marx, conscients de ce que le schéma infrastructure-superstructure au sein duquel domine l'économie, rappelle par trop le modèle essence-existence et le rôle d'un sujet central créateur de l'histoire, tentent de dissoudre ce rapport simple dans une figure structurale de la société. Dans cette nouvelle présentation, si l'économique détermine encore en dernière instance, ce n'est plus de façon directe, causale, mais par l'interaction des diverses instances sociétaires. Le modèle se raffine sans doute mais le postulat central reste inchangé et présente la société comme un tout complexe parfaitement intelligible dans sa synchronie et son développement historique, parce que rapporté à une légalité intrinsèque, présentation qui nécessairement a pour conséquence de neutraliser le rôle du discours symbolique.

C'est pourtant dans l'autonomisation de l'institution et dans la constitution corrélatrice de discours animés d'une logique propre que gît la racine de l'aliénation. Il faut dès lors équilibrer l'explication fonctionnaliste par une approche différenciée faisant sa place à l'irréductible composante symbolique de l'institution. Ce symbolisme est en effet lui-même générateur de la "clôture" institutionnelle. Comme nous tenterons de le montrer dans la suite de notre étude, c'est ce symbolisme qui ordonne les textes sur lesquels l'institution s'appuie, qui hiérarchise les sanctions qui la garantissent, qui inspire les rituels par lesquels elle se manifeste.

(53) C. CASTORIADIS, L'institution imaginaire de la société, Paris, 1975, p.160, note 2.

C'est une erreur de l'approche fonctionnaliste que d'appréhender ce symbolisme comme un instrument neutre, adéquat à la substance "réelle" des rapports sociaux, selon l'éternel schéma de la forme au service du fond. C'est plutôt Engels qui avait raison, soulignant, à propos du droit, l'irréductibilité du symbolisme à l'explication économiste : "dans un Etat moderne il faut non seulement que le droit corresponde à la situation économique générale et soit son expression, mais encore qu'il en soit l'expression systématique qui ne s'inflige pas un démenti par ses contradictions internes. Et pour y réussir, il reflète de moins en moins fidèlement les réalités économiques" (54). C'est notamment le cas du droit romain aboutissant, au terme de siècles d'efforts en vue d'une rationalisation croissante, à ce "monument inutile" et redondant, eu égard à la situation économique réelle de l'époque, que fut la codification de Justinien (55). Le symbolique est inassimilable par la fonctionnalité rationnelle parce qu'il fonctionne selon ses propres structures que M. Castoriadis qualifie de "quasi-rationnelles", insistant sur le fait que la "logique du symbolisme social ne s'identifie pas avec une logique pure, ni même avec la logique du discours lucide" (56).

Voilà déjà un premier acquis; si nous appliquons cette idée au discours juridique, nous devons isoler le symbolisme de ce discours dont la logique propre est réfractaire à une assimilation pure et simple au fonctionnement "rationnel" d'une machine sociale globale. Se voient ainsi renvoyés dos à dos le méta-discours juridique classique expliquant le droit comme réalisation d'un bien-commun concrétisé dans le jeu des institutions économiques, familiales, foncières, etc...existantes et le discours juridique critique d'inspiration marxiste référant le droit à un tout social réel-rationnel.

(54) F. ENGELS, Lettre à C. SCHMIDT, 27 oct. 1890, cité par C. CASTORIADIS, op.cit., p.163, note 4.

(55) C. CASTORIADIS, op.cit., pp.166-167; cf. aussi Y.P. THOMAS, "Rhétorique et jurisprudence à Rome" in A.P.D., 1978, pp.93 et sv.

(56) C. CASTORIADIS, op.cit., p.170, note 2.

Poursuivant son étude de la logique du symbolisme social, M. Castoriadis aboutit à cette observation cardinale : "la société rencontre constamment le fait qu'un système symbolique quelconque doit être manié avec cohérence" (57). Se donnant une institution, la société engendre un réseau de relations et de règles dont sont postulées l'harmonisation avec l'ensemble des autres règles existantes ainsi que l'adéquation avec les situations factuelles en vue desquelles l'institution est créée. De tels postulats, pourtant bien réels et même omniprésents, ne résistent pas à la critique. Ils impliquent, selon notre auteur, "que l'Esprit absolu préside à la naissance ou à la modification de chaque institution qui apparaît dans l'histoire" (57). Tel nous semble en effet le sol constitutif où s'érigent les discours institutionnels; la théorie psychanalytique désignait ce point sous les traits du Pontife qui sait se faire aimer, la critique épistémologique parle quant à elle, dans son registre propre, d'idéalisme qui, au nom de la vérité, impose une orthonomie du discours.

En ce point, il importe encore d'insister sur le lien intime entre symbolisme social et imaginaire. C'est lui, l'imaginaire, qui, par une sorte d'investissement initial, projette une hiérarchie de valeurs, ordonne une pyramide de règles, dicte un style de célébration et d'interprétation, bref produit les systèmes symboliques qui tissent les réseaux de la communication et fondent l'édifice institutionnel. L'imaginaire dispense une économie du sacré, exhibe une collection de fétiches dans l'orbite desquels le discours conscient est appelé à fonctionner.

En ce sens, les vues anciennes sur l'origine "divine" des institutions étaient, sous leur angle mythique, proches de la vérité. Et Castoriadis de rappeler les vers célèbres d'Oedipe Roi : "les lois les plus hautes, nées dans l'éther céleste, dont l'Olympe seul est le père, qui n'ont pas été engendrées par la nature mortelle des hommes et qu'aucun oubli n'endormira, car en elles gît un grand dieu,

(57) C. CASTORIADIS, op.cit., p.170.

qui ne vieillit pas" (58). C'est encore la même vérité qui sous-tend l'image de la loi donnée à Moïse par un "pater absconditus", par un invisible innommable. Généralisant ce propos, M. Castoriadis observe -on mesurera l'importance de l'observation pour notre étude de la mytho-logique juridique- "derrière la loi qui est "réelle", une institution sociale effective, se tient le Seigneur imaginaire qui s'en présente comme la source et la sanction ultime" (59).

Tel est certainement le foyer de sens, l'imaginaire central de la rationalité juridique; autour de ce noyau central se cristallise alors une sédimentation innombrable de règles, d'actes, de rites, de symboles qui répercutent plus ou moins directement la magie originelle du "Seigneur imaginaire qui se tient derrière la loi"; par ailleurs, la signification imaginaire centrale est toujours prête à investir de nouveaux symboles, à créer de nouveaux signifiants, à s'emparer de nouvelles régions pour les sacraliser à leur tour. C'est que si ce noyau imaginaire existe sur le mode de la représentation, il ne s'y réduit pas : il est un structurant originel susceptible de modifier ses investissements, de bouleverser ses stratégies; il opère un peu à la manière d'un style artistique : source d'infinies variations et en même temps principe de clôture et raréfaction.

Cet investissement imaginaire précède les conceptualisations rationnelles nécessaires pour l'intégrer dans les échanges quotidiens. Dans le monde moderne, qui vit sous l'empire de la logique, la place du rationnel est cependant si grande qu'on aurait tendance à minimiser, sinon oublier complètement, l'orientation imaginaire qui le féconde : c'est que le rationnel a non seulement envahi l'espace concret dans lequel nous agissons mais encore s'érige en principe de justification et d'action.

C'est évidemment une illusion de croire que le monde peut se réduire à un ensemble de paramètres formels dont les connexions formeraient des règles susceptibles d'un traitement mathématique; cette calculabilité de l'avenir -objectif avoué de toutes les stra-

(58) Oedipe Roi, 865-871, cité par C. CASTORIADIS, op.cit., p.183.

(59) C. CASTORIADIS, op.cit., p.179.

tégies : militaires, économiques et politiques- fait bon marché de la question des finalités, uniquement préoccupée qu'elle est de connexions ponctuelles entre moyens et objectifs partiels. M. Plon qui propose une très convaincante analyse de la théorie des jeux, entièrement basée sur le calcul des comportements, qualifie celle-ci de "politique imaginaire" (60). C'est bien en effet un retour de l'imaginaire, nullement étonnant pour ceux qui en connaissent l'efficacité, que cette hypertrophie du formel.

Il s'agit là, pour M. Castoriadis, d'une "pseudo-rationalité" qui est en fait la forme historique présente de l'imaginaire (61). Plus précisément, il parlera de la "domination du syllogisme" qui traduit l'oeuvre de l'imaginaire à un double niveau : d'abord les prémisses du syllogisme empruntent toujours de quelque façon leur contenu à l'imaginaire; ensuite, l'obsession de la rationalité et du syllogisme constitue à son tour un imaginaire du second degré. Telle est effectivement la réponse que nous opposons à toutes les théories du raisonnement juridique qui prétendent pouvoir minimiser le rôle du syllogisme dans la recherche des solutions juridiques, comme si celui-ci n'était qu'un mode de présentation ou une manière de contrôle a posteriori d'un raisonnement polarisé par "autre chose" : équité selon les uns, intérêt des classes dominantes selon les autres.

Il faut voir en effet que la manière syllogistique sous laquelle se produit le discours juridique emporte avec elle des lignes pratiques de solution ainsi que le suggère l'ancrage, rappelé par M. Castoriadis, du syllogisme dans l'imaginaire. Parmi celles-ci, la fascination du "Seigneur imaginaire qui se tient derrière la loi" exerce assurément le rôle prépondérant. L'élaboration philosophique de la notion d'imaginaire socio-historique, tel qu'il se développe dans l'institution, rejoint ainsi les enseignements essentiels de la psychanalyse relativement à la mythologie.

Reste maintenant à entamer un ultime débat, déjà partiellement amorcé dans la présente action, entre mythologie et idéo-

(60) M. PLON, La théorie des jeux : une politique imaginaire, Paris, 1976.

(61) C. CASTORIADIS, op.cit., p.219.

logique. Il nous faut en effet expliquer la place et le rôle que nous confions à l'idéologie dans une théorie de la rationalité juridique que nous voulons mener sous l'éclairage de la mythologie.

Section 3 : Mythologie et idéologie.

Bien que Marx ne soit pas l'inventeur du concept "d'idéologie" (62), c'est sa pensée qui a donné toute son ampleur aux phénomènes idéologiques et qui a imprimé au concept une orientation décisive. Dès lors, le débat que nous entamons a pour protagonistes la mythologie d'une part et l'idéologie dans la pensée de Marx d'autre part.

Pour Marx, l'idéologie c'est "la production des idées, des représentations et de la conscience (...), la production intellectuelle telle qu'elle se présente dans la langue de la politique, celle des lois, de la morale, de la religion, de la métaphysique, etc...de tout un peuple" (63).

D'emblée l'idéologie est présentée comme conscience fautive, aliénée. elle s'opposera toujours dans la pensée marxienne à la science qui surmonte son aliénation originelle par la prise de conscience progressive (et la destruction effective) des déterminations qui la conditionnent (64).

Mais, si dans les premiers textes, cette idéologie est vraiment pure illusion, projection, fiction destinée à s'évanouir au moment où le sujet aura récupéré son essence aliénée, au fil des analyses le concept prend une place et, dirait-on, un poids croissant, qui en fait l'instrument privilégié de critique de tous les systèmes de représentation conceptuelle. Sur le modèle archétypique inlassablement rappelé, de l'idéologie religieuse, s'élabore la critique

(62) Le premier à l'utiliser est Destutt de Tracy, Eléments d'idéologie, Paris, 1826, 2^e éd., 1975.

(63) K. MARX et F. ENGELS, L'idéologie allemande, Paris, 1972, p.50

(64) cf. par exemple la première phrase de la préface de l'Idéologie allemande (op.cit.) : "jusqu'à présent les hommes se sont toujours fait des idées fausses sur eux-mêmes, sur ce qu'ils sont ou devraient être".

de l'idéologie familiale, économique, juridique, etc... Dans chaque cas c'est la notion d'imaginaire qui constitue le pivot de "l'effet idéologique".

On sait que cet effet idéologique se produit par la vertu de l'imaginaire, comme reflet inversé de la réalité selon la métaphore de la camera obscura : "dans l'idéologie, les hommes et leurs rapports nous apparaissent placés la tête en bas" (65).

Ainsi, la pensée primitive, d'essence mythique ou religieuse, se représente le monde qui l'entoure non comme l'effet de causes objectives ou de pouvoirs "réels" mais comme le jeu de puissances magiques, bonnes ou mauvaises mais douées de volitions qui sont à l'origine de l'ensemble des événements. Tout se passe comme si les conditions de reproduction du mode de production et de la société dépendaient réellement de l'existence et de l'action d'êtres imaginaires : "toute religion n'est qu'un reflet fantastique dans le cerveau des hommes des puissances extérieures qui dominent leur existence quotidienne, reflet dans lequel les puissances terrestres prennent la forme de puissances supra-terrestres. Dans les débuts de l'histoire, ce sont d'abord les puissances de la nature qui sont sujettes à ce reflet et qui, dans la suite du développement, passent chez différents peuples par les personnifications les plus diverses et les plus variées" (66).

Dans la suite de l'histoire, ce sont les puissances sociales qui font l'objet de telles personnifications. Il apparaît donc que du même mouvement, l'idéologie traite le monde des choses (et des rapports objectifs) comme un monde de personnes et traite le monde subjectif des créations mythiques en réalités objectives, indépendantes de l'esprit de l'homme (67).

On voit qu'il y a dans ce schéma marxien du fonctionnement de l'idéologie plusieurs traits qui nous intéressent directement

(65) K. MARX et F. ENGELS, L'idéologie allemande, op.cit., p.136.

(66) F. ENGELS, Anti-Dühring, Paris, 1971, p.355.

(67) en ce sens, M. GODELIER, Horizon, trajets marxistes en anthropologie, Paris, 1973, p.331.

dans la mesure où ils se rapportent de près à ce que nous savons déjà de la mythologie. Dans les deux cas, il s'agit d'un discours centré sur l'imaginaire, à vocation absolutiste (tendance à objectiver son propos) et procédant par personnification -divinisation de structures cachées des événements; tel est bien en effet le profil du discours mythologique qui est discours totalitaire-clôturé (une logique) enraciné dans une croyance à une figure supra-humaine (le mythe). Le débat se déplace alors sur la question de savoir quels sont les facteurs qui sont à l'origine de la production de tels discours; on verra que pour Marx, en dernière analyse, l'imaginaire est effet-reflet du mode de production environnant.

Nous aurons à discuter cette thèse mais auparavant il faut encore poursuivre la description du mécanisme formel du fonctionnement de l'idéologie. En abordant cette fois les formes les plus complexes de celle-ci, catégories économiques et juridiques, on remarquera que la structure dégagée pour le modèle mythique-religieux reste valable à ces niveaux, comme le remarque M. Godelier : "Ce qui frappe c'est l'analogie qui existe entre ces mécanismes de personnification des choses, d'interversion de la cause et de l'effet qui constituent le caractère fantasmatique des rapports marchands et les formes de fétichisation des rapports sociaux qui font apparaître un être imaginaire, un dieu, comme l'unité vivante d'une communauté, la source et la condition de sa Reproduction et de son Bien-Etre"(68)

Un seul exemple pour l'économie : le caractère fantasmatique que revêt la représentation spontanée que se font les individus de la valeur de la marchandise (Marx propose des développements similaires à propos de la forme fantasmée de la monnaie, du capital, du salaire, etc...). Loin d'exprimer la réalité de la valeur de la marchandise (une certaine quantité de travail, et, au-delà de celle-ci, un rapport social de production entre les hommes), la conception classique de la valeur est fétichiste : la valeur -déterminée par les termes de l'échange- se mue en rapport "naturel" entre choses (telle quantité de la marchandise A "vaut", est l'"équivalent", de

(68) M. GODELIER, ibidem, p.XI.

telle quantité de marchandise B; avec le développement du mode de production capitaliste, la monnaie jouera le rôle "d'équivalent général" comme si c'était la monnaie qui conférerait "naturellement" la valeur à la marchandise). Marx qualifie tour à tour ce phénomène de fétichisme, mysticisme, fantasmagorie et rappelle que "pour trouver une analogie à ce phénomène, il faut la chercher dans la région nuageuse du monde religieux" (69). La valeur, comme les créations mythologiques, s'est autonomisée : "elle se présente comme douée d'une vie propre (...). La valeur semble avoir acquis la propriété occulte d'enfanter la valeur parce qu'elle est valeur. La mystification porte sur la façon dont se produit cette opération : cette valeur semble avoir pour origine des qualités secrètes du capital qui lui seraient inhérentes" (70). On assiste donc à une "personnification des choses" ("Monsieur le Capital", dira Marx) (71), caractéristique du fonctionnement de l'idéologie et à une réification corrélatrice des rapports de production. Ainsi, derrière l'équivalence instaurée par le processus d'échange -qu'exprime la valeur- disparaît l'inégalité réelle des travaux qui ont produit les marchandises échangées (72).

Cette dernière observation nous conduit à l'univers juridique. On sait que Marx n'a jamais tenté une description systématique de l'idéologie juridique mais il a mis au point une structure du fonctionnement idéologique en général, et, plus fondamentalement, une lecture du tout social qui permettrait d'élaborer une théorie marxiste du droit. Une version contemporaine de cette théorie, celle que propose M. Miaille, articule précisément le passage économie-droit sur la notion de fétiche.

L'idée est ici qu'autant la forme "valeur" occulte le rapport social de production, autant la forme "norme" (attribuée à la

(69) K. MARX, Le Capital, 1, IV, Bibl. de la Pléiade, Paris, 1965, p.606.

(70) K. MARX, ibidem, 1, I, p.158.

(71) K. MARX, ibidem, 1, III, p.208.

(72) K. MARX, ibidem, 1, IV, p.607.

volonté d'une personne) occulte-t-elle le rapport sociologique réel qu'elle exprime. De même que ce n'est pas la valeur qui est à la source de sa valeur, mais bien le travail, de même n'est-ce pas la norme (expression de la volonté d'une personne) qui est à la source de son caractère obligatoire mais bien le rapport social qu'elle vise (73).

A ce stade, la tentative de M. Miaille se révèle pleine d'intérêt; l'entreprise de déconstruction de la rationalité juridique à partir de la catégorie de fétiche -signe de l'efficace idéologique- est assurément dans la droite ligne de la théorie marxiste et le choix de la norme- en tant qu'elle est attribuée à la volonté d'une personne- est un choix judicieux, du moins en ce qui concerne les ordres juridiques occidentaux. Creusant les fondements du normativisme, l'auteur écrit : "dans le monde du droit tout paraît se passer entre personnes : celles qui commandent et celles qui obéissent, celles qui possèdent, celles qui échangent, celles qui donnent, etc... Tout semble être affaire de décision, de volonté, en un mot de Raison" (74). Voilà effectivement le fétiche : derrière la norme, la Raison (jadis, le Roi) que l'auteur orthographe avec majuscule pour désigner la mythologisation dont elle fait l'objet.

On pourrait donc dire dans cette ligne que si la valeur est le maître fétiche de l'économie, lieu de production et de circulation de la marchandise, c'est la Raison qui est le maître-fétiche du droit, lieu de production et de circulation des normes. Cette dernière proposition constitue, on le sait, notre thèse centrale et elle a trouvé de nombreuses expressions; ainsi notamment, sur le plan judiciaire, dans le postulat du législateur rationnel. Mais nous sommes ici à l'extrême pointe de la pensée de M. Miaille qui n'a pas vraiment tiré parti de ses intuitions; ainsi son échec à rendre compte de la nature exacte de la logique juridique (cf. supra), ainsi encore le manque de profondeur des analyses qu'il consacre aux ins-

(73) en ce sens, M. MIAILLE, op.cit., p.108.

(74) M. MIAILLE, op.cit., p.107.

titutions juridiques, hâtivement rapportées au jeu des intérêts socio-économiques en conflit (75).

Il semble bien que la raison de cet échec théorique réside dans ce que M. Castoriadis appelait le "fonctionnalisme", attitude qui consiste à instrumentaliser le symbolique au profit d'une rationalité supérieure et englobante : ici les lois du mode de production. Ainsi, si la dimension symbolique (dont le fétichisme est la trace) correspond à "l'autonomie" de l'instance juridique, cette autonomie n'est-elle jamais que "relative", l'économie déterminant les productions idéologiques en dernière instance (76).

- (75) sur ce point, cf. notre analyse : J. LENOBLE et F. OST, "A propos d'une introduction critique au droit" in Annales de droit, 1978, n°3, p.319; comparez le compte rendu de cet ouvrage in Procès, 1978, n°2, pp.182 et sv. par A. JEAMMAUD. Cet auteur incrimine le raplatissement économiste (signalé par l'usage des métaphores du reflet et de l'infrastructure) dont M. Miaille fait preuve dans ce passage capital où, comparant le rôle fétiche de la norme en droit au rôle fétiche de la marchandise en économie, il en arrive (par opposition à cette version fétichisante) à présenter la norme comme empruntant son caractère obligatoire exclusivement aux rapports sociaux eux-mêmes. Nous pensons que M. Miaille aurait pu éviter, sur ce point, l'économisme en approfondissant le rapprochement qu'il suggère (mais pour l'attribuer immédiatement à la théorie idéaliste) entre norme et volonté raisonnable de son auteur, le fondement de l'impérativité de la norme résidant précisément dans cette idéalisation du législateur. Mais il s'agit là seulement d'une intuition de l'auteur, d'un rapprochement fortuit et non thématique qui, ne cadrant pas avec son économisme général, est abandonné dans la suite de l'exposé.
- (76) Certains interprètes contemporains de Marx (ainsi N. POULANTZAS, "A propos de la théorie marxiste du droit" in A.P.D., 1967, pp. 145 et sv.) sont parfaitement conscients des limites de ce type d'explication de la société par l'économie. Une telle présentation restaure quelque chose comme l'Esprit absolu hégélien dont les différentes créations sociétaires ne sont que des moments rapportables à un unique foyer de sens. De plus, cette conception se condamne à penser tous les discours superstructurels comme reflets, mystification, mensonges d'une "vérité" qui se lirait ailleurs. Ce qui nous paraît hautement significatif, c'est que les modèles alternatifs proposés par ces interprètes (M. Althusser notamment), s'ils affranchissent la théorie de Marx d'une causalité simpliste, ne l'arrachent pas à cette fascination de la vérité qui s'exprime notamment dans le couple bien connu, idéologie/science .

C'est le retour à "l'économisme" que M. Miaille voulait pourtant conjurer et qui affecte très généralement les tentatives marxistes de critique du discours juridique : les structures économiques sont censées fournir la clé des explications, tandis que les symbolisations juridiques sont réduites au statut de pure illusion, comme le remarque M. Vincent : "bien des marxistes succombèrent à la tentation de fonder ces phénomènes de volonté dans les rapports économiques. Les superstructures juridiques n'eurent plus qu'une existence fantômatique et lorsqu'on s'apercevait de leur poids et de leur résistance, on se consolait vite en faisant appel à la force des habitudes, des illusions et des superstitions, ce qui n'expliquait pas grand'chose. Il n'y avait plus de problème du droit, il y avait seulement un fétichisme juridique propre à la pensée bourgeoise" (77).

Cette fatalité théorique qui, de Pasukanis à Miaille, s'abat sur la théorie marxiste du droit pourrait bien, en définitive, avoir son origine dans la pensée de Marx lui-même (78). C'est ce que nous allons tenter de montrer en reprenant la question déjà évoquée, de savoir quels sont les facteurs qui sont à la source de la production idéologique.

Il est un premier type d'explication des transpositions imaginaires des conditions réelles d'existence que Marx récuse : c'est l'explication "par la clique" : curés et despotes, auteurs d'une mystification générale du peuple en vue de son asservissement. Marx rejette cette explication qui est celle d'un Condorcet par exemple, au profit de l'idée que si les hommes se font une représentation aliénée (imaginaire) de leurs rapports à la nature et avec autrui, c'est que ces rapports -les conditions réelles d'existence- sont eux

(77) J.M.VINCENT, Fétichisme et société, Paris, 1973, p.52.

(78) Sur la dualité de courants (critique et dogmatique) au sein de la pensée de Marx et Engels, cf. F. CHATELET in Histoire des idéologies, t.III, pp.172 et sv.

mêmes aliénés (79). M. Althusser attribue cette position au "jeune Marx"; cependant la lecture des oeuvres de maturité révèle une permanence de ce point de vue, ainsi que le signalent MM. Godelier (80) et Castoriadis (81). La puissance des créations imaginaires et la cause même de leur création seraient attribuables, selon cette thèse, à une déficience (provisoire) de l'humanité, non parvenue à une maîtrise scientifique suffisante de ses conditions d'existence. Dès lors "le reflet religieux du monde réel ne peut disparaître que du jour où les conditions de la vie quotidienne pratique de l'homme travailleur présentent des rapports nettement rationnels des hommes entre eux et avec la nature (...). Mais il faut pour cela que la société ait une base matérielle ou qu'il existe toute une série de conditions matérielles de la vie qui, de leur côté, sont le produit naturel d'une longue et pénible évolution" (81).

L'idée fondamentale qui se dégage de ces textes, c'est que le travail de mystification idéologique, s'il n'est plus attribuable à la volonté cynique de quelques-uns (l'explication par la clique), est néanmoins le produit d'un environnement matériel contradictoire et aliéné que le développement de la science marxiste de l'histoire, lié aux transformations pratiques qu'elle opère, dénoncera dans sa contradiction et amènera ainsi à une connaissance non idéologique.

Dans ces conditions, l'imaginaire, quelle que soit son emprise présente, n'est que l'effet d'une réalité "pervertie"-contradictoire, aliéné, la fonction de l'imaginaire étant précisément de masquer ces contradictions sous une unité illusoire- que l'action positive des hommes (science, travail, combat politique) restaurera dans sa vérité. Ce qui implique à la fois que l'idéologie (ou l'imaginaire) est fonction, en dernière instance, d'un procès économique (les rapports de production dominants dans la formation sociale) et qu'elle est une production "provisoire", quelle que soit la durée de ce provisoire.

(79) en ce sens, cf. L. ALTHUSSER, "Idéologie et appareils idéologiques d'Etat" in Positions, Paris, 1976, p.103.

(80) M. GODELIER, op.cit., p.329.

(81) C. CASTORIADIS, L'institution imaginaire de la société, op.cit., p.218.

Voilà donc le socle théorique qui explique les retombées fonctionnalistes observées dans le champ de la théorie marxiste du droit. Voilà aussi le point où nous nous séparons de l'enseignement marxiste qui, après avoir de manière magistrale montré l'efficace et la structure de l'imaginaire, raplatit son statut dans le cadre d'une détermination socio-économique ou, plus essentiellement, dans le cadre de contradictions réelles advenant à leur propre élucidation.

Si l'on veut relancer la problématique et donner toute son ampleur à l'imaginaire, il faut tenter de discuter la thèse marxiste de l'idéologie comme effet de l'aliénation du monde réel.

On pourra d'abord remarquer, à la suite d'un auteur marxiste contemporain (82), que les termes dans lesquels est pensé le problème de l'idéologie appartiennent à la grande tradition des doublets métaphysiques : idéologie-réel, aliénation-essence, super-structure-base, etc... Même observation chez M. Ricoeur (83) qui remarque que ce réseau d'images spéculaires, renforcé par le jeu des métaphores (reflet, écho, renversement de la tête et des pieds, renversement de l'image rétinienne) dans lequel Marx pense le jeu de l'idéologie, témoigne en lui-même de l'impossibilité de "sortir" de l'imaginaire pour en déployer complètement le travail. Et M. Ricoeur de constater que si le fétichisme de la valeur de la marchandise se décrit analogiquement sur le modèle de la fétichisation religieuse, il n'en est pas expliqué pour autant et reste, comme son modèle, une énigme; dans ces conditions, le fétiche de la marchandise n'est pas "le reflet des rapports réels mais celui d'un monde déjà transformé, enchanté. Reflet de reflet, fantôme de fantôme" (84).

Ces observations terminologiques sont fondamentales : elles témoignent qu'il est vain de dériver les images d'une instance préalable et transposante : le réel tel qu'une connaissance vraie (une

(82) N. POULANTZAS, Pouvoir politique et classes sociales, t.II, Paris, 1972, p.15.

(83) P. RICOEUR, "Science et idéologie" in Revue philosophique de Louvain, 1974, p.345.

(84) S. KOFMAN, Camera obscura. De l'idéologie, cité par P. RICOEUR. loc.cit., p.345.

science) peut nous le montrer. C'est sur ce point que convergent les objections à la théorie marxiste de l'idéologie et que se joue, corrélativement, la possibilité d'assigner une place correcte à l'imaginaire.

Ainsi la réaction de M. Foucault qui, on le sait, n'utilise pas le concept d'idéologie. Deux raisons motivent principalement cette attitude : c'est que "qu'on le veuille ou non, la notion d'idéologie est toujours en opposition virtuelle avec quelque chose qui serait la vérité" et ensuite "l'idéologie est en position seconde par rapport à quelque chose qui doit fonctionner comme infrastructure ou déterminant économique, matériel, etc..." (85). En réalité ces deux difficultés n'en forment qu'une seule, la théorie marxiste de l'idéologie opposant ensemble le couple illusion/aliénation au couple vérité/réalité (déterminant ultime). Or, sur ce point, la position marxiste orthodoxe ne pourra varier comme le rappelle M. Lecourt : "il est vrai que, pour un marxiste, la pratique idéologique, bien qu'elle soit douée d'une relative autonomie, ne saurait être analysée qu'en fonction des autres formes de la lutte des classes qui sont toutes, en dernière instance, enracinées dans la pratique de production des biens matériels" (86).

C'est cette position que récuse M. Castoriadis en s'inspirant de la problématique du conflit personnel. Quel sens y a-t-il de dire, se demande-t-il, que les fantasmes de tel individu ne se sont formés et ont pris de l'importance que parce que des conditions "réelles" -la répression des pulsions, un traumatisme- ont déjà créé une situation contradictoire, conflictuelle (87). La question est dénuée de sens parce que la répression, le traumatisme, ne sont vécus comme tels que parce qu'ils sont chargés d'un poids symbolique, fonction de leur inscription dans l'histoire imaginaire personnelle.

De cette éclairante comparaison, nous pouvons tirer deux enseignements concernant notre problématique de l'idéologie. Le pre-

(85) M. FOUCAULT, L'Arc, n°70, pp.20-21.

(86) D. LECOURT, Dissidence ou révolution, Paris, 1978, p.78.

(87) C. CASTORIADIS, L'institution imaginaire de la société, op.cit., p.188.

mier c'est que, pour chaque époque historique donnée, il n'existe pas un savoir capable de déterminer en vérité "la" contradiction réelle et ultime qui affecte la société et rende compte de ses productions imaginaires, de même qu'il n'existe pas, au plan individuel, un savoir de soi qui porterait sur la normalité réelle et ultime à partir de laquelle se définiraient traumatismes et conflits. Le second enseignement, explicatif du premier, c'est que la constitution du conflit personnel tout comme celle de la contradiction sociétaire sont déjà fonction de l'imaginaire. Il n'y a pas un réel "vraiment réel", par rapport à quoi le reste se définirait comme renversement et idéologie : il y a toujours déjà du réel investi par l'imaginaire. C'est que l'idéologie est elle-même constitutive du lien social (88)

Il semble bien que sur ce point, à vrai dire essentiel, Marx ait cédé aux illusions du scientisme naturaliste, lui qui croyait pouvoir expliquer l'idéologie comme "représentation" à partir de la division "réelle" des classes et du processus "réel" de la production. Ce qui est ainsi nié, c'est la constitution irréductiblement et primitivement symbolique, imaginaire, du champ social : on ne peut, sans raplatissement naturaliste, rapporter les signes du pouvoir et de la loi au registre du réel, comme si ce réel lui-même était produit en-dehors de l'ordre imaginaire.

C'est ce qu'expose excellemment M. Lefort : "Ce qui nous paraît marquer la limite de la pensée de Marx, c'est qu'il traite du processus de la représentation comme s'il s'engendrait dans les aventures de la coopération et de la division, comme si cette réalité se déterminait au niveau naturel du travail. Ainsi ne pouvait-il que s'exposer à confondre l'ordre de l'idéologique et celui du

(88) en ce sens, cf. P. RICOEUR, "Science et idéologie", loc.cit., p.345; cf. aussi M. GODELIER, Horizon, trajets marxistes en anthropologie, op.cit., p.XIII : "le fantasme est lui-même part du contenu des rapports sociaux et non pas seulement le reflet aberrant et dérisoire d'une réalité qui existerait en-dehors de lui"; cf. aussi N. POULANTZAS, op.cit., p.27 : "cet imaginaire social, à fonction pratico-sociale réelle, n'est nullement réductible à la problématique de l'aliénation, à celle de la fausse conscience" (nous soulignons).

symbolique, à réduire à la projection de conflits "réels" dans l'imaginaire le discours mythologique, religieux, politique, juridique, etc... finalement à faire déchoir les repères de la loi et du pouvoir au plan empirique, à les convertir en "produits sociaux" (89).

S'il est vrai que ce lien social prend, historiquement, la forme de la domination et celle-ci la forme de l'exploitation d'une classe par une autre, il faut admettre cependant que l'idéologie n'est pas "seconde" par rapport à cette orientation, comme en témoigne le fait que même la classe dominante est "prise" dans l'idéologie dominante et s'y tient, parfois même aux dépens de ses intérêts. Mieux : il y a de l'idéologie dans les sociétés antérieures à l'apparition des classes et il y aura encore de l'idéologie dans les sociétés qui dépasseront le clivage des classes (90).

Ce qui se dégage ainsi c'est le rôle médiateur de l'idéologie (91); celle-ci exerce une fonction d'intégration sociale avant d'exercer ses fonctions de dissimulation. Le groupe social, quelle que soit sa taille, produit une image de lui-même, précisément pour se constituer comme communauté. Ce processus d'identification des individus au groupe s'opère, par l'idéologie, à partir de la reconnaissance d'une origine commune telle, par exemple, la Révolution d'octobre en ce qui concerne l'URSS (92). Dans cet acte fondateur et tout l'univers de discours qui l'entoure, le perpétue et le célèbre, le groupe puise à la fois l'énergie qui ravive son propre projet (par

(89) C. LEFORT, Les formes de l'histoire. Essais d'anthropologie politique, Paris, 1978, p.290.

(90) La première proposition est amplement démontrée par les travaux de M. GODELIER, la seconde est affirmée notamment par L. ALTHUSER, Marxisme et humanisme in Pour Marx, Paris, 1972, p. 242 : "Dans une société sans classe l'idéologie est le relais par lequel, et l'élément dans lequel, le rapport des hommes à leurs conditions d'existence se vit au profit de tous les hommes".

(91) cf. J. ELLUL, "Le rôle médiateur de l'idéologie" in Démythisation et idéologie, Paris, 1973, pp.335 et sv.

(92) sur tout ceci, cf. P. RICOEUR, "Science et idéologie", loc.cit., pp.331 et sv.; cf. aussi C. LEFORT, op.cit., p.300 : "le texte de l'idéologie s'écrit en majuscules. Il porte les signes courants d'une vérité qui fixe l'origine des faits" (nous soulignons).

prélèvement sur l'énergie originellement investie par l'imaginaire dans la figure nouvelle que l'acte fondateur a produite) et les thèmes assurant sa légitimité. Mobilisatrice, incitative, l'idéologie est cependant tournée vers le passé d'où elle prélève, dans une origine plus ou moins mythique, le modèle de la réussite, le patron de la croyance nécessaire pour assurer hic et nunc la cohésion et l'adaptation du groupe social.

Sur cette base peuvent alors se comprendre les fonctions négatives de l'idéologie, mises en lumière par l'analyse marxiste classique. C'est que la contrepartie de l'efficacité sociale de l'idéologie (basée sur la diffusion de la croyance), est son caractère simplificateur, non thématique, idéalisant et finalement dogmatique; l'objet de croyance, idéalisé dans sa représentation idéologique, finit par définir le champ du "valable" et du "vrai", effet que M. Ricoeur désigne comme "obturation du possible" et "clôture idéologique" (93), ce qui n'est qu'une autre manière de nommer l'effet de raréfaction que nous avons si souvent observé dans le travail jurisprudentiel, par exemple.

D'autre part, seconde fonction négative de l'idéologie, celle-ci idéalise, légitime et renforce essentiellement les dépositaires de l'autorité, tant il est vrai que le phénomène d'autorité est lui-même coextensif à la constitution du groupe. S'opère alors effectivement une récupération au profit de quelques uns des thèmes qui, au contraire, suggèrent la solidarité de l'action collective : ainsi le bien commun, la croissance, mais aussi, en ce qui concerne des pouvoirs particuliers comme le pouvoir médical par exemple, les thèmes du progrès nécessaire de la médecine, de la nécessité d'une prévention généralisée, etc...

M. Godelier, qui étudie les sociétés primitives sans classes, confirme ces analyses. En même temps que se constituent les clans, apparaissent des phénomènes de pouvoir liés au fait que certains individus détiennent un "monopole de l'imaginaire : la connaissance des rites de chasse, de fertilité des femmes et la détention de savoirs qui nous paraissent fantasmatiques" (94). L'exploitation de la majo

(93) P. RICOEUR, ibidem, p.334.

(94) M. GODELIER, "Pouvoir et langage" in Communications, n°28, 197 p.26.

rité par la minorité, et le consentement de celle-ci à cette situation, s'opère donc bien dans la mouvance de l'imaginaire (95), et, plus concrètement, dans le discours de l'intérêt général, signe d'une sacralisation originelle des rapports sociaux et des rapports au monde.

Arrêtons-nous pour mesurer le chemin parcouru : partis du concept marxiste d'idéologie, nous en avons maintenant dépassé les limites puisque nous lui assignons le rôle de constitution symbolique du lien social lui-même. Ce faisant nous rejoignons notre conception de l'imaginaire central constitutif des formes et discours institutionnels (la mythologie) de chaque société.

Dans ces conditions, nous n'avons plus aucune raison de rejeter le concept "d'idéologie"; nous lui préférons cependant le concept de "mythologie" parce que, plus neuf, il évite les risques de déviation fonctionnaliste dont est porteur le concept d'idéologie en raison de son inscription dans l'héritage de la pensée marxiste classique.

Ceci bien entendu sans dénier les tentatives d'auteurs marxistes (MM. Godelier et Althusser notamment) de repenser l'idéologie au sein d'une tradition marxiste rajeunie. C'est même sur un texte, souvent taxé "d'hérésie" il est vrai (96), de M. Althusser, concernant l'idéologie que nous clôturerons cette section; la thèse de la "mythologie" trouvera en effet encore à se renforcer de cet enseignement.

(95) cf. A. CLAISSE, "L'idéologie : discours du pouvoir" in Mélanges offerts à G. BURDEAU, Paris, 1977, p.66, note 2 : "la légitimité est, dans tous les cas, croyance, c'est-à-dire relation imaginaire à une action réelle de domination"; cf. aussi C. LEFORT, op.cit., p.287 : "La représentation sous laquelle se scelle le rapport social marque en elle-même la place d'un pouvoir, puisque la communauté imaginaire règne sur les individus ou les groupes séparés et leur impose des normes de conduite; en ce sens l'universel qui se rabat sur les hommes inscrit le dominé dans sa conduite et fournit au dominant l'assurance de la sienne".

(96) cf. par exemple, P. DUJARDIN, "Nouvelles interrogations sur la théorie de l'idéologie chez Althusser" in Procès, 1978, pp.137 et sv.

Le point de départ de M. Althusser est la réfutation de la doctrine marxiste classique selon laquelle l'idéologie serait "reflet renversé du monde réel" (97). Pour lui, l'idéologie ne représente pas le système des rapports réels qui gouvernent l'existence des individus, mais le rapport imaginaire de ces individus aux rapports réels sous lesquels ils vivent. C'est même la nature imaginaire de ce rapport qui soutient tout l'effet imaginaire propre à l'idéologie (98).

En quoi consiste alors le caractère imaginaire de ce rapport? C'est ce que l'auteur tente de montrer à propos de l'idéologie religieuse - toujours le même modèle, cent ans après Marx- conçue comme exemple typique d'une "structure formelle de l'idéologie qui est toujours la même", ce qui veut dire que la description "peut être reproduite également pour l'idéologie juridique" (99).

L'idée centrale est que, dans l'idéologie, l'individu concret est comme abstrait, arraché à lui-même et à l'épaisseur de ses rapports matériels au monde et à autrui pour être "interpellé en sujet", transformé en sujet. C'est le modèle du "Tu es Pierre..." qui se retrouve dans l'univers juridique avec la constitution de chacun en sujet de droit et, plus généralement, l'assignation à chaque individu d'un rôle spécifique dans le dispositif juridique.

Or, la catégorie de sujet est ambiguë : elle réfère à la fois à une subjectivité libre, responsable de ses actes et à une situation d'assujettissement, de dépendance à l'égard d'une autorité supérieure. Cette ambiguïté est l'expression de l'effet idéologique: car si l'individu est interpellé en sujet, c'est aussi qu'il est assujetti, mis en situation de dépendance.

Ce qui, évidemment, implique qu'au creux de l'idéologie fonctionne une instance centrale interpellante. C'est cette découverte capitale que fait M. Althusser : "il n'existe une telle multitude de sujets religieux possibles que sous la condition absolue qu'

(97) L. ALTHUSSER, "Idéologies et appareils idéologiques d'Etat", loc. cit., p.103.

(98) L. ALTHUSSER, ibidem, p.104.

(99) L. ALTHUSSER, ibidem, p.118.

il y ait un Autre Sujet unique, Absolu, à savoir Dieu. Convenons de désigner ce nouveau et singulier Sujet par l'écriture Sujet avec une majuscule pour le distinguer des sujets ordinaires, sans majuscule" (100). Nous revoilà confrontés au signifiant ultime, signalé par la majuscule : le Pontife de M. Legendre, l'Urstaat de MM. Deleuze et Guattari, le Léviathan de Hobbes; chaque fois qu'elle se fait radicale, la pensée de l'imaginaire débouche sur cette figure mythique d'où irradie les idéaux logiciens.

Est-elle si différente des descriptions de M. Legendre, cette analyse du fonctionnement de l'idéologie que propose en définitive, M. Althusser : "toute idéologie est centrée; le Sujet Absolu occupe la place unique du Centre, et interpelle autour de lui l'infinité des individus en sujets, dans une double relation spéculaire telle qu'elle assujettit les sujets au Sujet, tout en leur donnant, dans le Sujet où tout sujet peut contempler sa propre image, la garantie que c'est bien d'eux et bien de Lui qu'il s'agit et que, tout se passant en Famille, Dieu y reconnaîtra les siens, c'est-à-dire ceux qui auront reconnu Dieu et seront reconnus en lui, ceux-là seront sauvés" (101). Et M. Althusser de citer l'exemple de Moïse, qui avait déjà inspiré Freud; Moïse, chaînon exemplaire dans l'effet idéologique : il obéit à Dieu et transmet la loi aux hommes (102). Par quoi nous rejoignons "l'Amour du censeur" et clôturons cette deuxième partie de notre travail.

Le détour par la discussion du statut de l'idéologie se sera finalement révélé utile et stimulant. Utile dans la mesure où, nous renseignant sur les impasses fonctionnalistes auxquelles conduit la

(100) L. ALTHUSSER, ibidem, p.118.

(101) L. ALTHUSSER, ibidem, p.120. Ce passage de M. Althusser peut être rapproché d'une notation de J. LACAN (Les quatre concepts fondamentaux de la psychanalyse, Paris, 1973, p.172) : "le sujet n'est sujet que d'être assujettissement au champ de l'Autre, le sujet provient de son assujettissement dans le champ de l'Autre"; sur ce rapprochement, cf. M. PECHEUX, Les vérités de la Palice, Paris, 1975, p.147.

(102) L. ALTHUSSER, ibidem, p.117.

conception marxiste classique de l'idéologie, il gardera l'analyse du phénomène juridique des mêmes errements; stimulant dans la mesure où, nous instruisant des recherches menées par des courants marxistes contemporains (la question de leur orthodoxie ne nous concernant pas) elle aura étoffé et renforcé notre propre conception de la mythologie.

TROISIEME PARTIE

PHILOSOPHIE DU DROIT ET RATIONALITE MYTHO-LOGIQUE

Analyse de la mytho-logique juridique

TITRE I

ELEMENTS POUR UNE LECTURE MYTHO-LOGIQUE DE LA

PHILOSOPHIE DU DROIT : DE

L'EPISTEMOLOGIE A L'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE

INTRODUCTION.

L'analyse du débat récurrent qui affecte la problématique de la logique juridique nous a permis de mettre en place notre hypothèse : cette logique ne se laisse point réduire au schéma bipolaire qui traverse la représentation théorique qu'on en donne généralement; elle est à définir par l'idéal logicien qui traduit l'inscription du discours juridique dans l'ordre de la croyance et du désir, situé qu'il est dans l'orbite d'une figure paternelle omnisciente et omnipuissante, garante de la bonne loi.

C'est cette hypothèse du caractère mythologique de la rationalité juridique, seulement mise en place au stade présent, que nous voudrions tenter de mieux articuler et d'approfondir. Pour ce faire, notre recherche portera sur un nouvel objet : la philosophie occidentale du droit. A l'étude de la clôture logicienne et de son ancrage dans le mythe, que dévoilent, d'une part, les modèles organisationnel et méthodologique du pouvoir judiciaire (cf. supra, Première Partie) et, d'autre part, la nature et la place de la logique dans nos systèmes juridiques (cf. supra, Deuxième Partie), va se substituer maintenant l'analyse de ce qui traverse les représentations les plus typiques du droit qui ont éclos dans la philosophie occidentale, à savoir les théories aristotélicienne, kantienne et kelsenienne.

Ce questionnement du discours de la philosophie du droit nous permettra d'appréhender plus en profondeur la nature et l'efficace de la rationalité mythologique du discours juridique. Un tel projet pose dès l'abord deux questions préalables.

1. La première concerne le rôle privilégié ainsi octroyé à la philosophie du droit dans l'élucidation du caractère propre de la rationalité juridique.

La place centrale que nous assignons à l'étude des implicites de la philosophie du droit se déduit de la triple relation qui lie ce discours théorique à la pratique dont il entend rendre compte.

Comme on le constatera, en effet, - c'est le premier trait de la relation - il y a en quelque sorte une homologie structurale entre les deux premiers niveaux du discours juridique étudiés ci-dessus et celui de la philosophie du droit. De part et d'autre se repère l'imaginaire logicien, idéal dans lequel se dissout la parole du juriste pour n'être plus que production d'un déjà dit identifié au vrai.

Cependant, - et c'est le second trait de la relation - le discours philosophique sur le droit, par le raffinement même de son explication (à tout le moins chez les auteurs qui seront ici analysés), facilite - c'est l'intérêt de son étude - la mise en exergue de ce que traduit et produit une telle articulation. Loin d'être un détour, l'analyse du discours de la philosophie du droit apparaît comme une voie privilégiée pour l'élucidation du discours juridique lui-même.

Bien plus, - c'est le troisième trait de la relation - la philosophie du droit n'a point cette seule vertu de permettre le relevé plus aisé des caractères propres de la rationalité juridique. Sous un double aspect, elle définit et renforce l'articulation de la pratique juridique.

D'une part, tout système juridique cristallise en son sein des éléments purement théoriques, soit par la voie des représentations "spontanées" que les praticiens juristes développent et qui orientent leur pratique, soit par la voie d'énoncés recteurs qui structurent le fonctionnement de ce système (citons les concepts de sujet de droit, d'autonomie de la volonté, de bien commun, d'Etat...). D'autre part, la mécanique propre à tout système de pouvoir, dont le système juridique, ne peut fonctionner que moyennant le jeu d'une instance théorique qui vient en quelque

sorte coiffer ce système (1) pour en asseoir la légitimité et en définir les conditions de possibilité (2).

Homologie structurale, élaboration plus explicite, structuration et redoublement de l'efficace, tels sont donc les caractères du lien qui unit théorie du droit et pratique juridique et qui justifient la place privilégiée donnée à l'analyse des courants les plus représentatifs de la philosophie du droit dans l'étude de la nature et de l'efficace de la rationalité du discours juridique.

2. La deuxième question concerne la démarche mise en oeuvre. On ne peut mieux faire pour présenter cette démarche que de la situer dans l'horizon de la philosophie contemporaine du droit. A cet égard, il est symptomatique de constater que nombre de courants dominants à l'époque présente, se réclament ouvertement d'une volonté de rupture épistémologique par rapport aux théories antérieures. Quatre courants parmi les plus importants et les plus élaborés attestent ce caractère : les courants phénoménologique, existentialiste, marxiste et celui du "néo-positivisme", pour reprendre l'expression de M. Fasso.

Le courant phénoménologique, amorcé en théorie du droit par G. Husserl et A. Reinach dès le début du XXème siècle, repris présentement en France, notamment, par M. Amselek, M. Gardies et Mme Goyard-Fabre, traduit à suffisance, par sa référence à la philosophie d'E. Husserl à qui il reprend ses catégories et son épistémologie, son dessein de critique du cadre théorique antérieur.

(1) Cette dernière idée est bien exprimée par M.P. Legendre lorsqu'il remarque que s'"il faut du jouir et du divin pour se soumettre, il faut encore que ça fonctionne, c'est-à-dire une science en bonne et due forme pour ne pas le savoir (une science en uni-forme, ayant trait à l'Un et à l'uni qui lui fait face)", (P. LEGENDRE, "La Phallacieuse - le roman du féminin dans le Texte occidental", in La jouissance et la loi, Paris, 1978, p. 12).

(2) Remarquons dès à présent que ceci explique pour partie le caractère illusoire des tentatives de certains pays en voie de développement qui s'imaginent s'affranchir de notre système juridique en se contentant d'en modifier les contenus normatifs explicites, alors qu'ils restent prisonniers de l'armature formelle et du socle théorique où s'enracine ce système.

Il en va de même pour l'existentialisme juridique, quand on sait la déconstruction de la métaphysique occidentale à laquelle s'est livré M. Heidegger dont la philosophie a orienté, quoiqu'à des degrés différents, certains des protagonistes du renouveau du droit naturel comme W. Maihofer, E. Fechner, R. Marcic et N. Poulantzas.

La réflexion marxiste sur le droit, aussi diversifiée soit-elle dans ses orientations, ne peut, elle aussi, qu'être référée à une perspective critique qui trouve ses assises dans une théorie de la connaissance. La dichotomie idéalisme - matérialisme, interne à l'épistémologie marxiste, atteste clairement ce présupposé initial.

Enfin, comme l'indique très justement M. Fasso (3), le renouveau positiviste du XXème siècle, aux ramifications puissantes dans les pays scandinaves, anglo-saxons et en Italie (avec M. Bobbio) notamment et qui fait suite aux réflexions de H. Kelsen, H.L.A. Hart et A. Ross, traduit ses attaches directes ou indirectes avec le criticisme néo-kantien et à la théorie de la science élaborée par le Cercle de Vienne.

C'est dans une même perspective de rupture que nous entendons travailler : la lecture de la philosophie du droit que nous nous proposons d'entamer trouvera dans l'épistémologie son premier instrument critique. Il s'agira, sur cette base, d'utiliser certains acquis de la réflexion contemporaine de la théorie de la science pour dévoiler, dans les grands courants jugés archétypiques de la philosophie du droit, la récurrence d'une certaine théorie de la connaissance, ou, plus exactement, une certaine structuration interne (sa clôture, sa référence fondationnelle, sa construction sur base de signifiants unitaires, son inféodation à l'imaginaire logicien), révélatrice d'une conception dogmatique du savoir et de l'univers. Cette recherche comme on le voit, visera à élucider la dimension "clôturée" de la philosophie du droit, et par là, du discours juridique, phénomène que nous visons par le versant logique du couple mythologique.

(3) G. FASSO, Storia della filosofia del diritto, vol. III, 3ème édit., Bologne, 1974, p. 409.

Notre propre démarche s'inscrit ainsi dans la volonté de rupture qui caractérise les tentatives les plus significatives de la philosophie contemporaine du droit, projet qui tente d'éradiquer de cette pensée le propos totalisateur qui prétend inscrire le réel dans le jeu déterminable a priori d'une loi qui en garantit le sens et l'accomplissement. A leur suite, elle prend appui sur l'épistémologie pour tenter de dénoncer le projet métaphysique d'un discours qui prétend réaliser l'adéquation du logos à l'être, du concept au réel, du juste au social.

L'usage de l'instrument épistémologique, s'il permet d'appréhender de manière critique la référence fondationnelle et la clôture logicienne qui sont à l'oeuvre dans la philosophie du droit, ne suffit cependant point. Par un effet d'entraînement, cet instrument en appelle un autre, celui de la psychanalyse. L'utilisation de ce savoir "conjectural", pour reprendre l'expression de M. De Waelhens, permet, en effet, d'approfondir l'analyse de la clôture discursive en la référant à l'économie libidinale du sujet parlant. La mise en question des implicites du "discours de vérité", travail entamé à l'aide de l'outil critique de l'épistémologie, se complète ainsi efficacement de la réflexion psychanalytique. Bien plus, ce changement de terrain, de l'épistémologie à la psychanalyse, outre l'approfondissement de notre hypothèse qu'il permet, nous contraint à cerner plus étroitement la rationalité juridique dans sa dimension proprement imaginaire. En montrant que la clôture logicienne du discours (méta)-juridique s'ancre dans le mythe et, par là, dans le jeu d'un dispositif inconscient, dont l'élucidation en désigne les effets qui sont d'assurer l'auto-reproduction des mécanismes du pouvoir social, la lecture analytique devrait induire une plus grande vigilance quant au danger de succomber aux représentations mythologiques du phénomène juridique.

Se trouvera ainsi mis en lumière le champ imaginaire où s'assure l'idéal logicien du discours juridique, et, par là, l'élément mythique du couple mythologique par lequel nous qualifions la spécificité de la rationalité propre à notre modèle juridique.

La conjugaison des deux analyses, épistémologique et psychanalytique, permettra ainsi d'approcher de manière unifiée ces deux aspects que nous lions d'un trait d'union (mythologique), la dimension d'auto-contrôle ou clôturante du discours juridique et sa référence à l'ordre de la croyance et du désir.

Le choix de nos deux instruments critiques étant ainsi précisé, il nous faut rencontrer diverses objections généralement formulées à leur encontre.

La première concerne l'utilisation projetée de la théorie contemporaine de la science. Elle met en cause la validité théorique d'une importation dans la science juridique, discipline herméneutique, des catégories d'une épistémologie propre aux sciences expérimentales. Un tel usage présupposerait la méconnaissance de la spécificité des sciences de l'homme, et, corrélativement, l'adoption d'un schéma épistémologique unitaire du type, par exemple, de celui de Hempel-Oppenheim, position dont on sait qu'elle a été très fortement critiquée, notamment par un épistémologue comme M. Habermas (4). L'objection, pour être séduisante, ne concerne cependant point nos propres présupposés. C'est, en effet, que l'instrument épistémologique que nous utilisons, essentiellement celui mis en place par l'école de G. Bachelard, s'il a été forgé à partir d'une réflexion sur les sciences expérimentales, met précisément en lumière le caractère interprétatif de ce discours scientifique, dont il montre l'inscription inévitable dans un horizon théorique qui le configure et le situe historiquement. Par ailleurs, l'usage que nous faisons de cet instrument vise non point à y puiser la formulation des règles d'une science du droit, d'un discours vrai sur le droit (5) mais au contraire à en dégager des armes critiques à l'égard de tout discours qui, méconnaissant le caractère historiquement

(4) Voy. plus spécialement, "Analytische Wissenschaftstheorie und Dialectik" in Th. Adorno und alii Der Positivismusstreik in der deutschen Soziologie, Neuwied-Berlin, 1969, pp. 155 et sv; Connaissance et intérêt, traduct. fr. par G. CLEMENÇON et J.M. BROHM, Paris, 1976, passim.

(5) Cette utilisation "dogmatique" de l'épistémologie est un piège qu'il faut dénoncer. La critique bachelardienne étant aujourd'hui de mode, elle sert trop souvent d'alibi à des entreprises de reconstruction d'une "bonne" science du droit. Elle conforte ainsi le projet marxiste de M. MIAILLE (Une introduction critique au droit, op. cit.) et le projet, finalement très classique, de J.F. PÉRRIN (Pour une théorie de la connaissance juridique, Genève-Paris, 1979).

contruit de l'objet de science et le lien dialectique entre le "réel" et l'univers théorico-linguistique, fait "obstacle" au développement proprement expérimental du discours théorique et mérite ainsi la qualification de pré-scientifique.

Comme on le voit, cette lecture épistémologique vaut a fortiori pour le discours juridique dont le caractère herménéutique est si souvent affirmé. Notre hypothèse, cependant, pour s'enraciner dans les acquis de la théorie bachelardienne, fera droit, le moment venu, à la spécificité du discours juridique. Celui-ci nous apparaîtra inféodé à une préinterprétation (de type préscientifique) dont l'efficace propre est d'empêcher l'éclosion des contradictions qui le traversent et, par là, sur le plan sociétaire où oeuvre le droit, de toujours mieux assurer l'auto-reproduction des mécanismes de l'assujettissement au pouvoir (6).

La seconde série d'objections porte sur l'outil psychanalytique. Diverses réserves à l'encontre de son utilisation peuvent être soulevées : soit que l'on invoque son caractère historiquement situé et ainsi son incapacité à cerner les rationalités sous-jacentes à des systèmes juridiques différents du nôtre; soit que l'on signale l'émergence dans la théorie psychanalytique d'un nouveau discours de vérité, dès lors inadéquat tant avec notre hypothèse qu'avec l'outil épistémologique préalablement mis en oeuvre; soit enfin, sur un plan plus concret, qu'on interprète le discours psychanalytique comme conduisant à une individualisation, voire à une neutralisation des conflits, redoublant par là même l'efficace propre du discours juridique.

(6) Comme on le voit, la référence que nous faisons à l'épistémologie ne vise point à mettre en cause des représentations théoriques qui cerneraient inadéquatement leur objet, comme si la pratique juridique faisait apparaître un fonctionnement autre que celui ainsi théorisé. L'idéal logicien qui transparaît du discours méta-juridique ne méconnaît pas le fonctionnement de la pratique juridique; il le détermine au contraire. Il n'est pas une interprétation erronée du réel juridique; il constitue ce réel. L'homologie structurale ci-dessus définie entre théorie et pratique juridiques atteste en effet que la structuration du discours philosophique sur le droit, que nous pourrions relever et évaluer grâce à l'outil épistémologique, est précisément celle que traduit la pratique juridique. Il ne s'agit donc point de substituer une "bonne" science à une "mauvaise" science, mais de repérer l'efficace de l'horizon théorique à partir duquel se construit notre pratique juridique.

Le premier argument nous paraît a priori exact : sans anticiper sur nos développements ultérieurs, nous pouvons signaler dès à présent que notre propos concerne le seul système juridique occidental, celui de cette société patriarcale au sein de laquelle M. Lacan situait lui-même les limites historiques a priori du cadre freudien de l'interprétation de la famille.

Les deux dernières objections nous semblent par contre plus difficilement recevables. A la première de ces objections, nous répondrons que nous concevons, quant à nous, la théorie freudienne comme l'annonce d'une autre scène, celle de l'inconscient, qui, entraînant le langage dans une "incalculable dérive" (7), déjoue tous les processus de clôture et de réassurance dont tentent à s'entourer les discours constitués et particulièrement les discours institués. Sans nier les illusions rationalistes que nourrissait Freud lui-même, ni les ravages qu'une conception dogmatique de la psychanalyse peut entraîner, nous n'en voulons retenir que l'efficace de cette annonce, irrécupérable par les savoirs en place (8) (9).

(7) J. FLORENCE, "Discours psychanalytique et discours juridique : remarques sur l'interprétation", in L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire, Bruxelles, 1978, p. 556.

(8) Remarquons qu'il n'est pas possible ici de rentrer dans ce débat théorique des plus féconds qui consisterait à définir les liens entre épistémologie et psychanalyse. Tel est d'ailleurs, entre autre, la recherche de M. Lacan dont, par ailleurs, la propre affirmation de n'être point définitive de doctrine exemplifie peut-être ce projet d'une science non réductible à un discours de vérité. (Voy. dans le même sens, A. DE WAELHENS, La philosophie et les expériences naturelles, La Haye, 1961).

(9) Signalons aussi que deux des plus grands épistémologues du continent, G. Bachelard et J. Habermas, ont tous deux ressenti le besoin, à des degrés divers et dans des voies différentes, d'articuler leur propre lecture épistémologique à la psychanalyse. Dans cette perspective, on peut citer cette phrase de J. Habermas : "La psychanalyse est pour nous significative comme seul modèle tangible d'une science qui recourt méthodiquement à l'autoréflexion" (Connaissance et intérêt, op. cit. p. 247).

Nous ne nierons pas non plus - c'est notre réponse à la troisième objection - que la théorie de l'inconscient peut donner lieu à des pratiques institutionnelles de récupération des conflits et peut ainsi servir d'instrument privilégié de contrôle social. Qu'il nous suffise, pour éviter ce piège, d'annoncer clairement que nous ne visons pas à faire une théorie psychanalytique du droit (qui conduirait par exemple à justifier toute forme d'assujettissement au nom du rôle positif et structurant de la loi du père dans la phase oedipienne) (10).

Notre projet se limite à désigner, par le biais de la théorie freudienne, l'ancrage mythique et libidinal des clôtures logiciennes du discours, ancrage que cette théorie permet de cerner en faisant émerger, par-delà l'illusoire unité désirée du sujet, la scène contradictoire (l'abîme) où le sujet est appelé à se constituer.

L'enjeu des développements qui suivent ainsi fixé, il importe maintenant d'entamer le périple qui va de l'épistémologie (chapitre I) à l'anthropologie juridique par la voie de la psychanalyse (chapitre II).

(10) Tel paraît au contraire être le projet d'A. EHRENZWEIG (Psychoanalytic Jurisprudence, Leiden-New-York, 1971). Celui-ci, au terme d'une interprétation fonctionnaliste de la théorie analytique, entend découvrir "the origine and functioning of the sense of justice " et, sur base de la mécanique explicative que fournirait la psychanalyse, rendre compte des diverses réalités constitutives du droit.

CHAPITRE I : APPROCHE EPISTEMOLOGIQUE. LE DEBAT CONTEMPORAIN.

Introduction

Provoqué par le développement sans précédent des sciences, le débat épistémologique s'est considérablement modifié et approfondi au cours du XXème siècle grâce aux travaux d'une multitude de penseurs parmi lesquels nous retiendrons Gaston Bachelard et Karl Popper. Les résultats de leurs travaux, maintenant bien connus, conduisent, nous semble-t-il, à une double conclusion :

1. Dans la mesure où ils mettent clairement en lumière le caractère provisoire, conjectural, interprétatif du langage théorique de sciences déjà fortement formalisées comme la physique ou la chimie (1), ces travaux contribuent à rapprocher les sciences naturelles des sciences de l'homme et relativisent ainsi le dualisme diltheyen de "l'expliquer" et du "comprendre". Serrant de près la pratique scientifique effective, ces études révèlent le "rationalisme appliqué qui y est à l'oeuvre et dissolvent ainsi un certain nombre de représentations illusoire dont on gratifie généralement l'activité de la cité scientifique : ainsi, par exemple, les illusions de l'autonomie du formalisme et de la fidélité totale à l'empirie. Or, et voilà qui doit interpellier les sciences de l'homme (parmi lesquelles on rangera la science du droit), ces images trompeuses sont le plus souvent entretenues par les sciences humaines elles-mêmes dans des intentions qui, pour être contradictoires entre elles, n'en sont pas moins également critiquables (2). Le mythe de l'objectivité intégrale des sciences exactes (mythe qui se soutient de la double illusion déjà évoquée d'une confirmation empirique complète et d'une cohérence discursive sans faille) est en effet reproduit par le discours des sciences humaines tantôt dans une optique polémique, caricaturant le fonctionnement effectif de la pratique scientifique, pour sauver, à l'avantage de leurs propres

(1) Sur le caractère interprétatif des sciences "exactes", cf. J. LADRIERE, L'articulation du sens, Paris, 1970, pp. 35 et sv.

(2) En ce sens, P. BOURDIEU, J.C. CHAMBOREDON, J.C. PASSERON, Le métier de sociologue, Paris, 1973, p. 26.

tentatives, un résidu de subjectivité où déployer leur spécificité; tantôt au contraire, c'est en quelque sorte fascinés par les résultats des sciences de la nature que les tenants des sciences de l'homme en évoquent les aspects les plus sophistiqués pour tenter, bien vainement, d'y conformer leurs démarches.

Dans le premier cas, l'image d'une science-repoussoir sert d'alibi à un subjectivisme et un humanisme complaisants; dans le second cas, l'image d'une science idéale fournit le modèle de formalisations naïves et justifie de maladroits emprunts conceptuels.

La science du droit elle-même, du logicisme kelsenien au laxisme théorique d'un certain iusnaturalisme ou d'un certain sociologisme, n'est pas exempte de ces déviations productrices de blocage du savoir. Ce qui est manqué dans les deux cas, c'est la compréhension exacte du fonctionnement de l'esprit scientifique, aussi éloigné finalement du subjectivisme que de l'objectivisme et qui pourrait cette fois utilement instruire le discours des sciences humaines, y compris le discours portant sur le droit.

2. Sur ce plan précisément, l'enseignement de l'épistémologie contemporaine a fait apparaître la science comme activité plutôt que comme savoir, comme production plutôt que comme contemplation, comme dialectique plutôt que comme lecture. En cette activité s'articule le dialogue, à la fois théorique et opératoire, entre la raison et l'empirie; le savant ne reproduit pas le tableau de l'univers, il provoque des expériences à partir de ses questionnements théoriques.

Le langage scientifique n'est donc pas de l'ordre de la représentation descriptive, mais de l'ordre de l'interprétation; il n'est pas reflet de la réalité, mais milieu de création autonome sans que pour autant on puisse s'en remettre à la logique pure et rejeter toute idée de régulation empirique du savoir (3).

(3) J. LADRIERE, "Langage scientifique et langage spéculatif", in Revue philosophique de Louvain, 1971, p. 250.

Sont ainsi renvoyées dos à dos les réponses de l'empirisme et du rationalisme qui, privilégiant tantôt la donation de sens par le monde, tantôt l'imposition au monde des schémas mentaux, manque le moment expérimental et restaure ainsi, sous des formes opposées mais solidaires, l'idéalisme d'une adéquation entre discours et réel. Attitude fixiste génératrice de ces "obstacles épistémologiques", véritables arrêts de la pensée, dont Bachelard s'est attaché à dénoncer les ravages dans les sciences naturelles (4).

D'emblée le dualisme caractéristique de cette problématique (empirisme-rationalisme) nous interpelle dans la double mesure où, d'une part, il évoque la situation théorique déjà abordée concernant la logique juridique (cf. supra : formalisme - anti-formalisme) et l'état de la philosophie du droit qui va nous occuper bientôt (iusnaturalisme - positivisme) et où, d'autre part, il semble si caractéristique de la pensée occidentale qu'on le retrouve, presque terme à terme, dans la théorie du langage et la théorie de l'histoire.

A propos du langage, on connaît, depuis Platon, l'opposition des naturalistes et des conventionnalistes (5). La conception naturaliste ou réaliste rapporte le sens des mots aux essences objectives des choses, tandis que la conception conventionnaliste ou nominaliste insiste sur l'arbitraire de la nomination. Tantôt le langage est censé épouser le réel, s'annulant lui-même dans l'acte du dire, tantôt au contraire l'univers du discours se soutient de lui-même, laissant le réel à son opacité native.

(4) Cf. pour les sciences de l'homme, l'analyse de P. BOURDIEU, J.C. CHAMBOREDON, J.C. PASSERON, op. cit., p. 99 : "Aux formes fictives ou fécondes du dialogue entre philosophies symétriques que Bachelard décrit à propos de la physique, il serait facile de faire correspondre les philosophies implicites des sciences de l'homme qui, organisées elles aussi en couples de positions épistémologiques, se servent d'autant plus facilement d'alibi et instituent un dialogue d'autant plus stérile, même s'il est véhément, qu'elles sont plus éloignées de la "position centrale", c'est-à-dire de la pratique scientifique où s'instaure la dialectique la plus serrée entre la raison et l'expérience".

(5) Cf. C. PERELMAN, "Avoir un sens et donner un sens", in Le champ de l'argumentation, op. cit., pp. 64 et sv.

Il est extrêmement significatif de constater qu'un partage du même ordre s'opère dans la théorie occidentale de l'histoire. C'est M. Castoriadis qui a judicieusement observé que la question de l'histoire avait traditionnellement reçu deux types de réponse. Une réponse de type physicaliste qui réduit, directement ou indirectement, la société et l'histoire à la nature (en postulant notamment une identité spatio-temporelle des besoins humains) et une réponse de type logiciste comprenant l'histoire comme le déroulement de la raison (Hegel) ou d'une combinatoire de forces (structuralisme) sans appel. Dans les deux cas le temps réel est aboli et avec lui est effacée la place où la praxis sociale pourrait s'inventer. "Physicalisme et logicisme ne sont que des manières d'étendre les exigences et les schémas fondamentaux de la logique identitaire à la société et à l'histoire", conclut M. Castoriadis (6).

Ces préliminaires étant posés, nous sommes maintenant en mesure de pénétrer dans le débat épistémologique proprement dit. Trois sections jalonneront notre recherche. La première visera la théorie de la science traditionnelle, d'inspiration empiriste et/ou formaliste, dont on s'attachera à montrer qu'elle repose en définitive sur une conception juridico-religieuse de l'univers. Le second développement portera sur le sens de la rupture opérée par Bachelard et d'autres sur ce terrain épistémologique. La troisième section étudiera en profondeur le concept "d'obstacle épistémologique" qui nous a paru, parmi l'arsenal bachelardien, l'outil le plus fécond pour une transposition au plan de la théorie du droit.

Section 1 : La théorie épistémologique classique.

L'image traditionnellement reçue du travail scientifique reproduit un schéma en trois temps généralement attribué à Claude Bernard (7), schéma qui accrédite l'idée de la science comme "tableau du monde".

(6) C. CASTORIADIS, L'institution imaginaire de la société, op. cit., p. 244.

(7) En ce sens, G. FOUREZ, La science partisane, Gembloux, 1974, p. 44; P. RAYMOND, Le passage au matérialisme, Paris, 1973, p. 279.

Le processus partirait de l'observation des faits dont la collection fournit l'objet de la discipline considérée. De cette observation, le savant dégagerait des hypothèses explicatives destinées à rendre compte des lois régissant les régularités factuelles observées; enfin, des expérimentations appropriées viendraient vérifier la valeur de vérité des hypothèses dégagées. Constitution d'objet par prélèvement sur le donné naturel observé, élaboration d'un corpus théorique par abstraction des lois du réel et vérification des hypothèses par retour à l'empirie, voilà le déroulement "naturel" de la démarche scientifique.

Sans anticiper sur les critiques fondamentales que nous adresserons, avec Bachelard, à ce modèle, observons néanmoins qu'il ne manque pas de se révéler pour le moins énigmatique. Ainsi, le passage de l'observation à la formulation de l'hypothèse ne repose, selon ce schéma, que sur la présomption du génie ou du hasard, sans quoi, comme le note M. Raymond (8), la chute des pommes aurait dû suggérer la gravitation universelle à tous les jardiniers de l'histoire... Par ailleurs, si l'hypothèse n'est qu'un montage théorique destiné à rendre raison des effets observés, on peut se douter que la vérification restituera, bien inutilement, ces données de départ. Ce qui est manqué dans les deux cas, c'est le statut réellement anticipateur et opératoire de la démarche théorique. Mais laissons-là, pour l'heure, la critique. Revenons à notre modèle de la science comme "tableau du monde" et du savant comme "lecteur du grand livre de l'univers". Cette représentation commune repose sur un certain nombre d'implicites :

. L'objet du travail théorique se découpe "naturellement" dans le champ des phénomènes. Ces phénomènes sont "donnés" à l'observateur qui, à partir d'eux, "construit" sa théorie.

(8) P. RAYMOND, op. cit., p. 279.

- . Il existe un langage observationnel pur, a priori et universel qui forme la base des élaborations théoriques et qui permet, lors des procédures de vérification, d'opérer la confrontation de la théorie et du réel.
- . Les propositions théoriques se développent sans doute selon une logique spécifique mais ont pour origine et débouchent sur des constats empiriques; comme un échafaudage notionnel, le langage de la théorie peut être retiré, une fois érigé l'édifice de la science qui est calqué sur celui du réel.
- . Le réel est chargé d'une signification et d'une normativité intrinsèques qui tout à la fois inspirent et évaluent les constructions théoriques.

Le moment théorique est ainsi limité au stade de la généralisation des données observationnelles; à la limite, il n'est même qu'un moment provisoire puisque la confirmation expérimentale a pour effet de substituer une proposition empirique à la proposition théorique. Procédant ainsi par représentations de plus en plus larges, de plus en plus fidèles aux lois du réel, le travail scientifique serait, au travers même de ses réorganisations ponctuelles, à l'abri de l'erreur : il ne ferait qu'ajouter du vrai au vrai; il serait, selon l'image de Poincaré, "comme une bibliothèque en extension constante".

Cette représentation naïve se complexifie aujourd'hui que se sophistiquent les méthodes et les résultats des sciences naturelles. La conception dominante, aujourd'hui, prend nom de "néopositivisme logique" ou "empirisme logique", position défendue par le Cercle de Vienne, à la suite notamment de Carnap et Wittgenstein. Cette conception juxtapose un double projet théorique : d'une part, développer sur le plan du formel, un langage de la science, identifié présentement au symbolisme logique, lui-même soumis à une mathématisation maximale, projet donc d'une science des sciences qui, au paradis de la logique, assurerait l'auto-contrôle du discours théorique par lui-même;

volonté, d'autre part, de s'en tenir au verdict du réel, le langage restant conçu comme copie du monde, position qui conduit au rejet de tout discours qui ne pourrait s'autoriser d'une confirmation empirique.

Ce double projet, en définitive, ne fait qu'accentuer, les juxtaposant en un mixte original, les deux illusions classiques véhiculées à propos du travail scientifique et avec lesquelles Bachelard s'est pareillement affronté : auto-contrôle prétendu de la discursivité théorique qui se nourrit de ce que M. Raymond appelle une "idéologie logicienne de la rigueur" (9) et rabattement de tout discours à des atomes de perception.

Contre les illusions du formalisme, qui menacent également les sciences de l'homme - ainsi le combat de Durkheim contre la tentative de Simmel de fonder une sociologie formelle (10) - on peut rappeler le diagnostic du logicien Cavaillès : le projet de Carnap de développer une syntaxe générale "semble se perdre dans le vide d'une abstraction radicale"; les chemins, par avance prévus par elle, où devait s'engager la science, sont restés déserts : "il y a là défaut plus grave qu'erreur dans la prévision, méconnaissance de l'essentiel de l'enchaînement formel : son progrès nécessaire est chaque fois conditionné par l'effectif" (11).

Contre la conception de la science comme mise en ordre de données observationnelles traduites en un langage qui ne doit rien au champ sémantique de la théorie elle-même, on peut rappeler le jugement de Canguilhem : "réalisme le plus sommaire, celui même du sens commun qui postule, sous forme de croyance

(9) P. RAYMOND, Matérialisme dialectique et logique, Paris, 1977, p. 25.

(10) P. BOURDIEU, J.C. CHAMBOREDON, J.C. PASSERON, op. cit., p. 340 : "Le formalisme est un intuitionnisme".

(11) J. CAVAILLES, Sur la logique et la théorie de la science, 3ème édit., Paris, 1976, p. 35; cf. aussi J. LADRIERE, "L'abîme", in Savoir, faire, espérer. Les limites de la raison, Bruxelles, 1976, p. 176 : "Il est sans doute vain de supposer qu'il y a un niveau opératoire ultime qui serait capable de faire, par ses seules ressources, la clarté complète sur ses propres conditions de fonctionnement"; P. RAYMOND, op. cit., p. 17 : une telle position "s'empêche de penser les liens expérimentaux entre les maniements symboliques et la réalité".

absolue, l'identité de la sensation et de la connaissance" (12). Il s'agit en somme, de la reprise, sous une forme particulièrement élaborée sans doute, de la vieille distinction du donné et du construit.

Or, il est particulièrement significatif de constater que bon nombre de théories générales du droit - ainsi celle de Jean Dabin (nouvelle édition, 1969) - s'articulent autour de cette distinction. On sait qu'en conclusion de son étude, Dabin opte pour la thèse du droit construit, par quoi il croit échapper au fixisme du iusnaturalisme; mais si la variabilité des solutions normatives est ainsi concédée, il est par ailleurs relevé que la méthode des juristes, est, quant à elle, une donnée universelle, invariable, intangible, procédant de la "nature des choses", ce qui suffit, bien entendu, à préserver un certain style d'intervention juridique sur le réel (toute notre analyse de la rationalité juridique se concentrant d'ailleurs sur ce terrain de la "méthode") (13).

Sans entrer dans une discussion frontale de cette conception, on peut cependant relever la représentation originelle que se fait l'auteur de la distinction donné-construit sur base de laquelle il travaille. Pour lui, le donné est "objet de science", le construit est "oeuvre de technique"; conception empiriste et fixiste du travail de la science qui, après une ultime précaution théorique - "par rapport au fait brut, le fait scientifique ou le fait historique est, de cette manière, construit" - ne tarde pas à s'affirmer comme telle : "cependant, tout l'effort de l'homme de science, tout l'effort de l'historien tendent à la restitution ou à la reconstitution aussi fidèle que possible du réel" (14).

(12) G. CANGUILHEM, Leçons sur la méthode, Clermond-Ferrand, 1941 dans le même sens, quoiqu'avec des nuances, J. BOUVRESSE, "La théorie et l'observation dans la philosophie des sciences du positivisme logique", in Histoire de la philosophie, sous la direction de F. CHATELET, vol. 8, le XXème siècle, pp. 80 et sv.

(13) J. DABIN, Théorie générale du droit, nouvelle éd., Paris, 1969 p. 208.

(14) J. DABIN, op. cit., p. 160; contre cette idée, on fera valoir avec Bachelard, que la science n'enregistre pas des faits, mais produit des effets (G. BACHELARD, "Noumène et microphysique", in Etudes, 1970, p. 17), et avec G. FOUREZ, que "l'historien ne traite jamais que ce qu'il a reconstruit" (G. FOUREZ, op. cit., p. 46).

A la base de cette idée qui entraîne, ne l'oublions pas, la thèse de l'enracinement de la méthode des juristes dans une nature des choses qu'il suffirait de lire attentivement, il y a la croyance en un logos de l'univers, foyer de vérité et de légitimité.

Ce n'est rien moins qu'une conception juridico-religieuse du monde qui est ainsi en jeu dans le modèle épistémologique classique. La plurivocité du terme "loi", emprunté au vocabulaire juridique et étendu métaphoriquement au domaine du savoir, suffirait déjà à valider cette idée; analogie qui emporte d'ailleurs une série de métaphores associées : ainsi les idées de "jugement", de "verdict" du réel, de "législateur naturel"...

L'ambiguïté sémantique dont est affecté le terme "loi" témoigne de ce que "les lois de la nature", bientôt traduites en "lois scientifiques", ont été conçues à l'origine à l'imitation des lois juridiques (15), cette représentation restant elle-même sous-jacente à la mentalité pré-scientifique qui caractérise la conception commune du savoir, conception du reste souvent partagée par le savant lui-même à l'encontre d'ailleurs de sa pratique effective.

L'animisme initial de cette conception (idée que la nature obéit généralement à des lois et les transgresse parfois) fait place aujourd'hui à un juridisme aux couleurs scientifiques (idée que la nature est un système de régularités qui s'auto-produit et s'auto-contrôle) renvoyant en définitive à l'image d'une normativité intrinsèque de la nature qui n'attend que la plume du savant pour se développer en toute sa rigueur.

A son tour, cette image entraîne deux nouvelles représentations : celle du livre de la loi et celle de son auteur éminent.

(15) En ce sens, P. AMSELEK, Méthode phénoménologique et théorie du droit, Paris, 1964, p. 288.

Le "grand livre du monde" se présente en effet comme code, recueil de lois s'enchaînant harmonieusement les unes aux autres et un tel ouvrage implique un auteur, le grand législateur, le Dieu fabricant, géomètre, architecte, le "grand horloger" de Voltaire. Ainsi, selon un enchaînement absolument classique et dont nous sommes maintenant coutumiers, passe-t-on insensiblement de l'affirmation d'une cohérence discursive a priori à la reconnaissance du foyer transcendant qui en est l'origine. Un petit texte de Bergson illustre fort bien ce phénomène : "Le savant lui-même peut à peine s'empêcher de croire que la loi préside aux faits et par conséquent les précède, semblable à l'idée platonicienne selon laquelle les choses avaient à se régler. Plus il s'élève dans la chaîne des généralisations, plus il incline, bon gré mal gré, à doter les lois de ce caractère impératif : il faut vraiment lutter contre soi-même pour se représenter les principes de la mécanique autrement qu'inscrits de toute éternité sur des tables transcendantes que la science moderne serait allée chercher sur un autre Sinaï" (16).

Ainsi donc la conception classique du savoir se ramène à une entreprise de lecture; lecture dont M. Althusser parle comme d'une "nostalgie plus vieille que toute science" - ce qui ne veut pas dire nostalgie révolue, mais au contraire toujours menaçante comme conception pré-scientifique du savoir - "qui rumine encore sourdement les fantasmes religieux "du temps où" la "vérité

(16) E. BERGSON, Les deux sources de la morale et de la religion, in Oeuvres complètes, Paris, 1959, p. 983; cf. encore G. BACHELARD, L'activité rationaliste de la physique contemporaine, Paris, 1951, p. 220 : "L'homme, pour comprendre l'univers, crée au besoin les dieux chargés du mécanisme universel". Il est significatif de constater qu'après avoir relevé la bipartition qui traverse la théorie du langage (réalisme-nominalisme), M. Perelman note que le plus souvent prévaut une synthèse théologique de ces deux points de vue : "en reconnaissant que tout sens dépend d'une personne qui l'élabore, il suffit d'imaginer cette élaboration comme le produit d'une pensée divine, donc parfaite, pour réaliser une synthèse avantageuse du nominalisme et du réalisme"... et M. Perelman d'ajouter : "comme le législateur humain doit se soumettre au droit naturel" (M. PERELMAN, "Avoir un sens et donner un sens", loc. cit., p. 66).

avait pour corps le livre" (17). A l'abri du livre se recueille l'entreprise du savoir que sanctionne la vérité comme adéquation de ce qu'on lit (le concept, le discours scientifique) et de ce qui, depuis toujours, est écrit (le réel, l'essence) (18).

Nul doute, si on se penche cette fois sur le savoir juridique, que cet effet d'inscription du savoir dans l'ordre du Texte y est en quelque sorte redoublé, son efficace réductrice mytho-logique en étant d'autant renforcée. Ainsi, peut-on dire que la "lecture" que le juriste fait du réel foisonnant et contradictoire qu'il a à traiter s'opère sur le fond, selon la grille du texte juridique où chaque chose prend sa place selon un ordre a priori; à son tour, ce texte juridique, foisonnement de dispositions éparses, est subsumé sur le fond d'un code plus éminent encore, système juridique dont nous avons appris à décerner les manifestations toujours rapportées au foyer rationnel de la cohérence.

Section 2 : Le sens de la rupture bachelardienne.

Contre ces représentations idéalistes et fixistes du savoir, Bachelard a dressé l'ensemble de ses écrits. Cette insistance est significative par elle-même. Elle révèle d'abord qu'une conception nouvelle ne peut jamais se produire que de manière polémique "contre" une vérité affirmée. Elle enseigne ensuite que le travail de déblaiement des obstacles épistémologiques qui jalonnent la route de la science est, vraiment, une tâche infinie. Sans cesse, en effet, renaissent de nouveaux blocages qu'inspirent ces vieilles nostalgies dont parlait M. Althusser. Dans ces conditions, il n'importe pas tant de produire les règles d'une bonne science - nouvelles règles de la méthode - que d'exercer une vigilance sans faille à l'égard de repliements de la pensée sur elle-même.

(17) L. ALTHUSSER et E. BALIBAR, Lire le capital, t. I, Paris, 1975, p. 13. M. Althusser développe par ailleurs une version positive de l'acte de lecture, concept que nous empruntons à l'occasion en parlant, par exemple, de "notre lecture du phénomène juridique".

(18) En ce sens, P. RAYMOND, Le passage au matérialisme, op. cit., p. 223.

Si telle se présente la situation sur le plan des sciences expérimentales, nous pouvons pressentir qu'à fortiori le champ théorique du savoir juridique multiplie les occasions d'involution intellectuelle, à tous les obstacles de type proprement épistémologique s'ajoutant les multiples résistances idéologico-politiques, la science du droit n'étant jamais sans rapport avec les enjeux du pouvoir. D'où le privilège que nous accordons dans notre analyse à la catégorie d'obstacle épistémologique (infra, section 3).

Qu'il nous suffise, en ce point de nos développements, de formuler cet avertissement : les travaux de l'épistémologie contemporaine ont une vertu critique et non point canonique; n'offrant à la pensée aucun cadre de refuge, ils l'incitent, au contraire, à une perpétuelle remise au travail.

On mesurera l'ampleur du changement de point de vue proposé par Bachelard si on donne tout son sens à la mise en garde qu'il lance en ces termes : "nous ne pouvons avoir a priori aucune confiance en l'instruction que le donné immédiat prétend nous fournir. Ce n'est pas un juge, ni même un témoin, c'est un accusé et c'est un accusé qu'on convainc tôt ou tard de mensonge" (19). Le réel immédiat n'est plus ni législateur, ni juge, ni témoin; la théorie n'a plus à rendre de comptes à cette instance normative a priori; c'est au contraire la théorie qui interroge le réel, le met en situation d'accusé. Ce changement de priorités bouleverse évidemment l'ensemble de la conception de la démarche scientifique.

Ainsi à l'idée que l'objet de science se dégage de l'observation des faits naturels donnés dans le réel, se substitue l'idée que l'expérience première de la perception est un obstacle (20).

(19) G. BACHELARD, "Noumène et microphysique", loc. cit., p. 20.

(20) Cf. K. POPPER, La logique de la découverte scientifique, trad. par N. THYSSSEN, et P. DEVAUX, Paris, 1973, p. 285 : "Le progrès de la science n'est pas dû à une utilisation toujours améliorée de nos sens. Des expériences sensorielles non interprétées ne peuvent susciter de la science".

Pour que se constitue la rationalité scientifique, il faut partir d'une rupture qui fait apparaître la connaissance commune comme une fonction de résistance à vaincre, comme un tissu d'obstacles épistémologiques. L'objet de science ne peut donc, en aucune façon, se dégager du découpage naïf des phénomènes que nous livrent la pratique spontanée et la tradition linguistique. C'est qu'il n'y a pas de langage observationnel pur; tout donné d'expérience est préstructuré par un réseau de conceptualisations naïves dont il importe, dans une perspective critique, de se départir.

Dès lors, l'objet de science ne peut être que gagné contre l'erreur, reconstruit par l'hypothèse théorique. Pour communiquer cette idée essentielle, Bachelard multiplie néologismes et jeux de mots, conscient qu'il est des pièges inhérents aux vocables classiques. Il dira que l'objet de science est "objet second, objet précédé de théories" (21); c'est que "l'objet n'est pas un objectif immédiat" (22). Dans ces conditions, la théorie produit le réel : "le réel n'est plus que réalisation" (23); pour définir l'objet ainsi produit, Bachelard risquera encore le concept de "sur-objet" qu'il définit comme le résultat d'une objectivation critique, d'une objectivation qui ne retient de l'objet que ce qu'elle a critiqué (24).

A ce sur-objet, à cet objet second, correspond un "dualisme de seconde position" qui est fait de "raison réalisée" (25), par quoi Bachelard, polémiquant contre l'empirisme, se défend de verser en retour dans le rationalisme pour gagner la position centrale, toujours à reconquérir, du "rationalisme appliqué" ou "matérialisme instruit" qui implique une dialectique serrée entre l'hypothèse rationnelle et la pratique expérimentale, ce qu'exprime cet ultime jeu de mots : "au-dessus du sujet, au-delà de l'objet immédiat, la science moderne se fonde sur le projet" (26).

(21) G. BACHELARD, Le matérialisme rationnel, Paris, 1953, p. 142.

(22) G. BACHELARD, La formation de l'esprit scientifique, Paris, 1938, p. 239.

(23) G. BACHELARD, La philosophie du Non, Paris, 1940, p. 58.

(24) G. BACHELARD, La philosophie du Non, op. cit., p. 139.

(25) G. BACHELARD, Le nouvel esprit scientifique, Paris, 1968, p.5.

(26) G. BACHELARD, Le nouvel esprit scientifique, op. cit., p.11.

Ce projet scientifique, on peut dire qu'il est fait de l'articulation d'un certain nombre de problématiques. Ce concept de "problématique" est peut-être celui qui remplace le plus avantageusement celui d'objet : au trop-plein du réel empirique et au vide absolu du doute cartésien, il substitue l'interrogation agissante d'un questionnement instruit par un enchaînement d'hypothèses lié à un programme virtuel d'expérimentations (27). Ainsi la construction de l'objet de savoir sera fonction des interrogations et de la sémantique que livrent le champ théorique et la pratique opératoire qui l'accompagne; comme le souligne K. Popper : "La théorie domine le travail expérimental depuis la conception de départ jusqu'aux ultimes manipulations de laboratoire" (28).

Dynamisée par la fécondité interne de la théorie, la recherche aménage le réel plutôt qu'elle ne le reproduit; elle n'est pas tant le produit d'une démarche inductive menée à partir d'expériences factuelles que le résultat d'un mouvement de formalisation lié à une pratique expérimentale. La théorie n'est pas tant la mise en forme d'observations déjà faites qu'un cadre interprétatif couvrant présomptivement l'ensemble du domaine envisagé. Ce n'est d'ailleurs que dans la mesure où elle est réellement anticipatrice que la théorie est utile : plus que structuration du déjà connu, elle est effectuation formelle, puis expérimentale, des secteurs nouveaux de la réalité.

Il résulte de tout ceci que le stade de la vérification, propre à tout travail scientifique, ne peut plus être présenté comme ce "verdict du réel" conçu comme le jugement de l'hypothèse abstraite devant l'épaisseur du concret.

(27) Cf. M. WEBER, Essais sur la théorie de la science, trad. J. FREUND, Paris, 1965, p. 146 : "ce ne sont pas les rapports réels entre les choses qui constituent le principe de la délimitation des différents domaines scientifiques, mais les rapports conceptuels entre problèmes".

(28) K. POPPER, La logique de la découverte scientifique, op.cit. p. 107.

La vérification consiste plutôt en un ensemble de procédures et de manipulations par lesquelles le donné d'observation est aménagé afin d'être sollicité, sous le contrôle de l'expérimentateur, par les hypothèses de la théorie. Il s'agit donc d'une opération minutieusement réglée selon des schémas présentant une homologie structurale avec les effectuations de la théorie elle-même (29).

Bien entendu, il y a ancrage de la pratique opératoire dans le réel mais il ne s'agit pas d'une fondation assurée et définitive puisque, précisément, c'est le champ théorique qui interroge le réel et la technique de vérification qui le manipule.

On peut même aller plus loin et mettre en question, à la suite de K. Popper, la notion même de vérification. A cette idée qui implique toujours la représentation d'une sanction ultime de "vérité", Popper substitue le concept de "falsifiabilité" ou de "réfutabilité". Le travail du savant ne consiste pas tant à établir la vérité d'une proposition (universelle) à partir de confirmations empiriques (particulières); il s'analyse au contraire comme une tentative constante de réfuter les propositions théoriques provisoirement tenues pour vraies. Parmi les diverses théories en compétition, la meilleure est celle qui résiste le mieux aux tentatives de "falsification" : c'est elle qui rend compte d'un maximum de phénomènes enregistrés. Une telle activité renvoie nécessairement au travail collectif de la "cité scientifique" mise en état d'alerte permanente; c'est la "communauté des savants" qui réalise ce contrôle épistémologique en organisant "l'échange généralisé des critiques armées" (30).

A la réflexion, il apparaît que l'abandon de la prétention à vérifier la science entraîne un bouleversement plus important encore : c'est l'idée même de vérité - croyance que la science a pour objet le vrai - qui est désormais considérée

(29) J. LADRIERE "Langage scientifique et langage spéculatif", loc. cit., p. 259.

(30) P. BOURDIEU, J.C. CHAMBOREDON, J.C. PASSERON, op. cit., p. 109.

comme inutile par la pratique scientifique (31). A tout le moins est abandonné le critère de vérité-correspondance (32); la théorie ne cherche plus à être le reflet du réel. Dès lors les critères de sélection des explications théoriques en compétition apparaissent à la fois conventionnels et pragmatiques, liés à l'historicité de la démarche mise en oeuvre : sera retenue la théorie qui présente le maximum de cohérence et de simplicité, qui relie un maximum d'informations (critère de congruence) et qui suscite un maximum d'expériences nouvelles (critère de fécondité). La théorie tenue pour provisoirement bonne est donc celle qui réalise à la fois la plus forte intégration interne de ses propositions et qui se prête le mieux à une intégration externe dans le cadre de systèmes explicatifs plus vastes.

Si l'on tente de synthétiser ces observations, il apparaît que le travail scientifique doit dorénavant être pensé comme production et non comme contemplation. Il n'y a ni évidence privilégiée, ni langage parfaitement assuré, ni "grand livre du monde" où tout savoir est déjà inscrit en filigrane. Il n'y a qu'une dialectique rationnelle qui interprète le monde et le reconstruit par des pratiques opératoires.

A cette oeuvre s'associe la cité scientifique qui ne progresse qu'à la mesure de la pertinence de son auto-critique. Dans ces conditions, l'évolution est directement liée au surgissement des contradictions et des discontinuités tandis que l'involution accompagne les retombées dogmatiques (33). Le savoir multiplie les ruptures et se contraint à une perpétuelle

(31) Cf. en ce sens, G. FOUREZ, op. cit., p. 55 : "Le terme de "vérité" est pratiquement inutile en science" et p. 64 : "la question de leur (des lois de la nature) vérité dernière ne se pose pas".

(32) J. LADRIERE, "L'abîme", loc. cit., pp. 176 - 177.

(33) Cf. G. BACHELARD, Le matérialisme rationnel, op. cit., p. 112 "peu à peu, tout ce qu'il y a d'inconscient et de passif dans le savoir est dominé. Les dialectiques fourmillent. Le champ des contradictions possibles s'étend".

réorganisation (34). La science prend conscience de son inscription dans le champ de l'histoire, de ses déterminations, de ses conditionnements. De reconnaître ses contraintes, elle commence à identifier les facteurs qui font "obstacle" au savoir; elle déserte alors les champs stériles que polarisent ces facteurs de résistance et poursuit ailleurs son processus de "révolution continuée" (35).

Section 3 : L'obstacle épistémologique.

Le concept le plus central de la pensée bachelardienne est sans doute celui d'"obstacle épistémologique" dans le mesure où il suggère à la fois l'aspect réactif du savoir, toujours en opposition à une pseudo-vérité antérieure et donc en état de révolution permanente et, en même temps, l'aspect vulnérable de ce savoir, toujours voilé par l'ombre d'un nouvel "obstacle", résidu de la "philosophie nocturne" des savants. Aussi, est-ce l'étude plus approfondie de ce concept qui nous permettra de poursuivre nos investigations (36).

L'obstacle épistémologique se présente, dans le développement du savoir, comme un facteur de résistance qui se manifeste soit au moment de la constitution d'une connaissance - on parle alors d'une "contre-pensée" - soit à un stade ultérieur de son développement - on parle alors d'un "arrêt de la pensée". L'obstacle opère blocage du discours; l'idée évoque irrésistiblement ce que la psychanalyse vise sous le concept de "refoulement" et les travaux de M. Foucault sous le concept de

(34) G. CAVAILLES, Sur la logique et la théorie de la science, op. cit., p. 78. : "le progrès n'est pas une augmentation de volume par juxtaposition, l'antérieur subsistant avec le nouveau, mais révision perpétuelle des contenus par approfondissement et rature"; G. BACHELARD, Le nouvel esprit scientifique, op. cit., p. 173 : "l'esprit scientifique est essentiellement une rectification du savoir (...), il juge son passé historique en le condamnant".

(35) G. BACHELARD, Le matérialisme rationnel, op. cit., p. 103 : "La pensée scientifique repose sur un passé réformé. Elle est essentiellement un état de révolution continuée".

(36) On trouvera une analyse très fouillée de ce concept dans D. LECOURT, L'épistémologie historique de G. BACHELARD, Paris, 1974, pp. 52 et sv.

"raréfaction" (37).

Là où le développement interne du questionnement conduit à briser l'unité des conceptions du monde ambiantes, intervient l'obstacle épistémologique pour colmater la brèche et restaurer la continuité, un instant interrompue, entre pensée commune et discours savant. Se développe ainsi une stratégie de résistance qui s'entend à faire front sur tous les plans du savoir scientifique pour organiser la récupération des percées théoriques. L'obstacle se révèle ainsi solidaire d'une structure de pensée plus vaste ("tissu d'erreurs tenaces") qui se réorganise à la demande pour mieux se maintenir; dans cette organisation systématique de la pensée pré-scientifique, Bachelard voit le travail de la philosophie, porte-parole des intérêts pratiques (moraux, religieux, économiques) auprès des sciences (38).

Au point donc où une organisation de pensée préexistante est menacée de rupture, point nodal où s'accumulent les contradictions et se laissent deviner les véritables attaches de cette organisation, surgit l'obstacle épistémologique qui refoule ou déplace le questionnement théorique. Un tel effet n'est obtenu qu'au prix d'une intervention directe de la philosophie dans la "crise" de telle ou telle science, intervention opérant "surdétermination" de la notion appelée à la rescousse et ainsi dotée d'un pouvoir explicatif global que, par hypothèse, elle ne possède pas.

Précisant, dans l'histoire des diverses sciences expérimentales qu'il étudiait, le contenu de ces obstacles, Bachelard en distinguait deux variétés.

La première est douée d'une telle généralité d'application et d'une telle constance, qu'on peut la désigner comme une "fonction" plus que comme une notion : ainsi la "fonction réaliste" qui conduit à la fois à "essentialiser" le réel et y

(37) M. FOUCAULT, L'ordre du discours, Paris, 1971, passim.

(38) Cf. par exemple; G. BACHELARD, Le rationalisme appliqué, Paris, 1949, p. 79 : "(beaucoup) de philosophies se présentent avec la prétention d'imposer un sur-moi à la culture scientifique".

trouver l'analogon ultime de la connaissance; ainsi encore la fonction de "généralisation" qui conduit à asservir tout un champ théorique à une représentation fétichisée (ainsi, en physique, les images de l'éponge, du cercle, de la pompe).

La seconde variété d'obstacles, que l'on pourrait présenter comme produits par les premiers, regroupe un certain nombre de concepts et de représentations particulières exerçant, dans leur contexte spécifique, les fonctions de refoulement et de déplacement propres à l'obstacle : sans ordre prédéterminé - "il est de la nature de l'obstacle d'être confus et polymorphe" - Bachelard visait ainsi "l'animisme" (explication des réalités biologiques par une "force de vie" sous-jacente), le "substantialisme" (explication des propriétés des phénomènes par le principe d'une "substance" qui les rassemble), l'explication par l'unité de la nature, par l'utilité des phénomènes, etc. (39).

Si l'on se reporte maintenant au savoir juridique, on devine l'immense parti que l'on peut tirer du concept d'obstacle épistémologique.

Si l'on retient la variété d'obstacles-notions, on pourrait relever, au fil des différentes branches du droit, un certain nombre de "concepts recteurs", de "notions fétiches" qui surdéterminent des pans entiers du discours juridique, raréfient les solutions et principes qui s'y rattachent et se maintiennent dans ce rôle en dépit du démenti que la réalité leur inflige : citons le principe de séparation des pouvoirs en droit public et le principe d'autonomie de la volonté en droit privé; transcendant les diverses matières juridiques, on pourrait étudier sous cet angle, le concept de sujet de droit, les notions d'Etat, de représentation...

Il y aurait là, assurément, la matière d'une théorie générale du droit d'autant plus féconde que le concept d'obstacle épistémologique doit conduire à réfléchir l'organisation conceptuelle sous-jacente aux divers points de résistance relevés et qui contribue à les reproduire, les modifier, les hiérarchiser.

(39) Sur tout ceci, cf. G. BACHELARD, La formation de l'esprit scientifique, Paris, 1977, Chapitre I.

Ainsi, par exemple, un auteur comme M. van de Kerchove a pu montrer que le passage, qui affecte présentement le droit pénal, de la notion de "culpabilité" à celle de "dangerosité" traduit, en dépit de leur apparente opposition, un même type de rapport de l'homme à la norme (40).

Dans la suite de notre travail, nous n'étudierons qu'un seul de ces obstacles-notions : c'est la notion de validité de la norme juridique telle qu'élaborée par H. Kelsen. On verra que la théorie de la validité assure la restauration des fonctions traditionnelles de légitimation du droit positif par la philosophie du droit au sein de la pensée d'un auteur qui a précisément voulu s'affranchir de ce rôle pour faire oeuvre authentiquement scientifique. Parce qu'il ne renonce pas au préjugé dogmatique des juristes selon lequel tout droit est valide, Kelsen surdétermine la problématique qu'il traite et ainsi bloque les questions théoriques en jeu relativement à la légalité, l'effectivité et la légitimité de la loi. On pourra dire en conclusion de cette étude que la notion de "validité" joue, en droit, un rôle comparable à celle de "vie" en biologie, notion dont Bachelard dénonçait les ravages sous l'étiquette de l'"animisme" ou du "vitalisme".

Les développements qui suivent porteront cependant plutôt sur les obstacles-fonctions, ces matrices conceptuelles qui sont à la source des séries notionnelles opérant résistance. C'est donc surtout les fonctions de clôture du discours et de légitimation des figures juridiques par référence aux grands signifiants unitaires que nous tenterons d'approcher par la lecture d'Aristote, de Kant et de Kelsen.

Le champ mytho-logique regroupera ces diverses analyses; s'y repérera à la fois, sur le modèle de l'obstacle épistémologique, l'effet de raréfaction des solutions et de refoulement des contradictions qui, pour le droit, traduisent toujours des conflits sociétaires.

(40) M. van de KERCHOVE, "Culpabilité et dangerosité - Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité", Communication présentée au colloque du cinquantième anniversaire de l'École de criminologie de l'U.C.L., La notion de dangerosité a-t-elle encore un sens ?, Bruxelles, 1979.

Dans le sens de ce questionnement spécifique, Bachelard a encore quelque chose à nous apprendre. Non content, en effet, de faire un relevé de divers obstacles épistémologiques et d'en dégager les effets sur le développement du savoir, Bachelard livre un certain nombre d'hypothèses relatives aux facteurs qui conditionnent la reproduction des obstacles. Au fil des écrits de notre auteur se dégagent plusieurs types de réponses qui se renforcent mutuellement et qui demandent chacune des approfondissements spécifiques.

Nous savons déjà que, pour Bachelard, la philosophie joue un rôle de premier plan dans la contamination du discours scientifique par des intérêts différents de ceux de la recherche, l'impérialisme du philosophe se muant le plus souvent en solipsisme et sa spéculation en spécularité. Ce point devra être précisé. Mais deux autres ordres de considérations sont encore avancés. Dans certaines analyses, Bachelard étudie les conditions économiques, sociales et politiques dans lesquelles se développent, non sans contrainte précisément, les travaux scientifiques; est ainsi élaborée l'amorce d'une sociologie de la connaissance. Dans ses derniers travaux enfin, l'épistémologue français se risque de plus en plus souvent à une "psychanalyse de l'erreur" qui cherche dans la théorie freudienne l'ultime matériau pour une élucidation des racines de ces obstacles vivaces qu'il n'a cessé de poursuivre. Développons brièvement chacun de ces points.

Et d'abord l'environnement económico-institutionnel du savoir. Ce n'est pas par hasard si Bachelard, toujours sur la trace des présupposés inconscients et des pétitions de principe qui affectent les traditions théoriques, emprunte plus d'une fois le langage du sociologue. Les conditions sociales du savoir influent en effet directement sur les questions posées et les méthodes mises en oeuvre. Ainsi, au XVIIIème siècle, la science électrique, faute de consommer sa rupture épistémologique avec l'expérience commune, est condamnée aux "mondanités".

Plutôt que de se formaliser et de progresser, elle en reste au stade de "l'empirisme coloré" et multiplie curiosa et jeux de société, tels le très fameux "baiser électrique" qui faisait les délices des salons parisiens (41).

Ces observations sont importantes : si on ne veut pas adopter une position naïve et accorder une vertu magique aux mises en garde épistémologiques, il convient de réfléchir, en priorité, aux conditionnements sociaux de la recherche (42). Une sociologie de la connaissance doit dès lors accompagner toute critique épistémologique conséquente. Nécessité d'autant plus impérieuse aujourd'hui qu'aux divertissements de salon perturbant la scientificité des expériences se sont substituées des stratégies définies par les états-majors des grands pouvoirs publics et privés, fixant les axes de recherche, répartissant les subsides et distribuant les retombées du progrès selon leurs besoins (43). Même les sciences de l'homme sont intégrées dans cette logique : qu'il suffise de citer le rôle du psychologue dans le recrutement du personnel et l'usage de l'enquête sociologique dans la prise de décision politique.

Face à cette organisation sociale du travail scientifique, la plus grande vigilance s'impose; sans qu'il soit question de garantir l'autonomie à la cité savante, il faut à tout le moins tenter d'induire une prise de conscience toujours plus lucide des contraintes externes qui marquent la production du savoir. En ce sens se développe le programme de la sociologie de la connaissance qui étudie notamment les effets de l'attente des commanditaires de recherche et du grand public sur l'orientation des questions, les origines (souvent bureaucratiques et institutionnelles) du découpage des disciplines et la division du travail au sein des équipes de chercheurs, les conditions de recrutement et de formation des scientifiques etc. (44).

(41) G. BACHELARD, La formation de l'esprit scientifique, op. cit. pp. 24 à 34.

(42) Cf. J. LE GOFF et P. NORA, Faire de l'histoire, Paris, 1974, p. XIII : "L'histoire nouvelle s'affirme dans la conscience de sa sujétion à ses conditions de production".

(43) En ce sens, J. LADRIERE, Les enjeux de la rationalité, Paris, 1977, p. 27.

(44) Cf. en ce sens, P. BOURDIEU, J.C. CHAMBOREDON, J.C. PASSERON op. cit., pp. 103 à 113.

Appliqué à la science du droit, un tel programme découvre tout un champ de recherches. Sur le plan le plus général, il faudrait montrer comment la formalisation systématique du discours juridique contemporain participe d'une rationalisation globale de la vie sociale. On reconnaît la thèse de Max Weber; certains juristes travaillent dans cette direction (45).

Dans la même ligne, il faudrait étudier la nature des liens qui se tissent entre doctrine juridique et agents du pouvoir. A cet égard, on peut retenir les avertissements de Kelsen déplorant que les sciences sociales "ne disposent pas encore de cette force sociale qui pourrait agir à l'encontre de l'intérêt prédominant qu'ont aussi bien les détenteurs du pouvoir que ceux qui s'efforcent à le conquérir, à une théorie complaisante à leurs désirs, c'est-à-dire aux idéologies sociales" (46). Appliquant ces remarques au droit, M. Amselek observe une confusion quasi structurelle entre la technique et la science, la science du droit se présentant le plus souvent comme "technologie", c'est-à-dire comme simple rationalisation des opérations et idéaux de la pratique juridique (47).

Enfin, sur un plan plus particulier, mais tout aussi significatif, il faudrait se pencher sur les canaux de diffusion et de transmission du savoir juridique. Système d'enseignement et système d'édition, réseaux de laboratoires d'essais des formules juridiques et modes de leur réception-légitimation, formation des lieux de prise de parole juridique et hiérarchisation de ceux-ci, autant de domaines dont l'étude se révélerait des plus fécondes pour une mise à nu des facteurs qui contribuent à reproduire les "régularités" qui président à l'élaboration de la "discipline" juridique. On aura reconnu, dans cette quête des facteurs de raréfaction du savoir, l'apport des travaux de M. Foucault (48).

(45) Cf. Par exemple, N. POULANTZAS, Nature des choses et droit, op. cit., p. 280, qui écrit : "plus un phénomène juridique présente un niveau élevé de structuration, plus il doit être immédiatement intégrable dans l'infrastructure".

(46) H. KELSEN, Théorie pure du droit, 2ème édit., trad. C. EISENMANN, Paris, 1962, p. X.

(47) P. AMSELEK, Méthode phénoménologique et théorie du droit, op. cit., p. 369 et sv.

(48) Cf. notamment, M. FOUCAULT, L'ordre du discours, op. cit.

Ce n'est pas l'objet de cette thèse que de poursuivre dans cette voie (49). Elle devait néanmoins être mentionnée car elle équilibre, par son principe de vigilance sociologique, nos propres investigations qui se concentrent plutôt sur les facteurs philosophiques et psychanalytiques dont Bachelard dénonçait également l'importance dans la constitution des obstacles épistémologiques.

Il est, en effet, une deuxième "cause d'obstacle" sur laquelle G. Bachelard a principalement mis l'accent : la philosophie. Celle-ci, par la manière dont elle structure son discours et définit ses problématiques, induit, chez l'homme de science, des représentations de sa pratique scientifique qui empêchent le développement fécond de cette dernière et inhibent l'opération de reconstruction permanente qui seule en traduit la fécondité. C'est cette même idée, d'ailleurs, qui est à la base des expressions "philosophie nocturne" et "philosophie diurne" : à travers ces métaphores, Bachelard vise précisément à opposer une philosophie diurne, claire, qui cerne adéquatement la pratique effective du savoir, à une philosophie nocturne, philosophie des philosophes, dont les thèses et les grandes catégories unitaires (le réel, la substance, la vie, l'âme...), empruntées par la philosophie des savants, "assure l'intrusion des créatures de la nuit dans le grand jour du travail scientifique" (50), intrusion génératrice d'obstacles dans le processus de la pratique scientifique.

Mais quels sont les traits spécifiques du discours philosophique qui font que, tout en étant animé par le désir de rendre compte de la science pour en régler le mécanisme et en garantir la validité, ce même discours ne peut que la méconnaître et, bien plus, en bloquer le déroulement progressif ?

(49) Comprise de manière fonctionnaliste, cette piste de recherche peut conduire, on le sait, à des explications par trop réductrices de la rationalité juridique; cf. supra, notre débat avec la notion "d'idéologie" telle qu'élaborée par le courant marxiste.

(50) D. LECOURT, Bachelard. Le jour et la nuit, Paris, 1974, p. 132.

Ces traits sont à trouver, selon Bachelard, dans certains couples conceptuels qui scandent le discours philosophique lui-même et qui induisent une théorie de la connaissance où se repèrent ces éléments spécifiqueurs du discours philosophique que sont sa recherche fondationnelle et sa "clôture spéculaire". Qu'est-ce à dire ?

La lecture philosophique du problème de la connaissance s'enracine dans un certain nombre de dichotomies conceptuelles : pensée-réel, raison-expérience, être-connaissance, sujet-objet, esprit-univers. Bien plus, la question même de la connaissance scientifique ("à quelles conditions la connaissance que je produis sera-t-elle scientifique ?") (51), dès l'instant où elle est traduite dans le cadre de la pensée philosophique, se déplace pour devenir celle de la recherche des fondements et des garanties de la connaissance. A l'énoncé d'un problème se substitue ainsi, en philosophie, la mise sur pied d'une théorie de la connaissance, dont le projet peut être formulé comme suit : "qu'est-ce qui garantit que la connaissance d'un sujet donné soit en accord avec l'objet qu'elle vise ?" (52). Inscrite dans le cadre des dichotomies précitées (sujet-objet, univers-esprit...), la solution à cette question du fondement de la vérité de la connaissance n'est jamais trouvée que dans l'un des deux éléments ainsi différenciés : effectivement les diverses théories de la connaissance, dans les variantes que nous en ont livrées les philosophes, se réduisent à deux pôles que définit une même problématique : "ou bien l'on place dans l'objet le contenu de la connaissance que le sujet n'a plus qu'à y découvrir, ou bien l'on place, au contraire, dans le sujet le contenu de connaissance qu'il n'a plus qu'à retrouver dans l'objet. Quelle que soit la solution adoptée, on a ainsi affaire, sous le nom de théorie de la connaissance, à un système clos : un système où sujet et objet se réfléchissent l'un l'autre dans un face à face où l'un est le miroir de l'autre" (53).

(51) C'est en ces termes que M. Lecourt définit la question que se poserait le savant comme homme de science; D. LECOURT, L'épistémologie historique de Gaston Bachelard, 4ème édit., Paris, 1974, p. 26.

(52) D. LECOURT, Une crise et son enjeu, Paris, 1973, p. 36.

(53) Ibidem, p. 37.

Ce sont précisément ces couples conceptuels récurrents dans la philosophie et cette structure clôturée des théories réalistes ou idéalistes que Bachelard a tenté de repérer et de dénoncer : les premiers pour méconnaître le caractère interactionnel des liens qui rapprochent les deux termes ainsi différenciés, la seconde pour induire une représentation du travail scientifique qui, par son caractère clôturé (lié à sa recherche de fondement), fait obstacle au dévoilement constant des contradictions, qui seul assure la reconstruction permanente des théories scientifiques. La philosophie, par la structure spéculaire qui définit le cadre des théories de la connaissance qu'elle produit, assure à l'ordre de la répétition son assise théorique. Le caractère circulaire de l'épistémologie qu'elle propose tend à rejaillir sur la pratique dont cette épistémologie entend rendre compte. La connaissance, à être définie comme "reconnaissance" (54), s'inscrit elle-même dans une clôture qui est l'effet de celle de la philosophie.

Le travail de Bachelard, sur le terrain épistémologique, permet ainsi de mettre en évidence certains caractères du discours philosophique. En ce point, on rejoint la déconstruction de la métaphysique occidentale opérée par M. Heidegger. De la même manière que la réflexion épistémologique oblige à déceler la clôture spéculaire qu'érigent les théories de la connaissance en inscrivant cette dernière dans le jeu d'un réfléchissement entre le sujet et l'objet et en posant la vérité comme adéquation du concept à l'objet, Heidegger a bien mis en lumière la fermeture qu'imprimait à la pensée de l'être l'assujettissement de cette pensée à la toute puissance du principe de raison. Comme le constate en effet Heidegger, "partout de quelque manière (la pensée représentative) sonde et fonde toute chose" (55), par quoi se marque ce fait que le principe de raison (selon lequel "nihil est sine ratione") est le principe déterminant de nos comportements.

(54) L'expression est de L. Althusser, Lire le capital, t. I, Paris, 1975, p. 62.

(55) M. HEIDEGGER, Le principe de raison, traduc. fr. par A. PREAU, Paris, 1962, pp. 44-45.

Bien plus, cette détermination principielle de notre pensée par la recherche du "fond" (Grund) caractérise de manière spécifique "l'époque présente, l'âge atomique, comme ce qui est entièrement soumis à la puissance du principium reddendae rationis sufficientis" (56) et "colore, complètement et d'une façon décisive, la philosophie" (57).

Or, ce que traduit cette détermination, c'est que, d'être le principe des principes ("der Satz vom Grund ist ein Grundsatz") et d'être posée comme indériverable, le principe de raison "est un point d'arrêt pour la pensée" (58). Par lui-même et la recherche qu'il invite à entamer sur son sens le plus propre, il nous précipite dans "un abîme sans fond". Cependant, de s'être inscrite dans la recherche du fondement rationnel (59), la philosophie occidentale s'est arrêtée au seuil de l'abîme pour en masquer la profondeur sans fond et celer ce qui dans le principe de raison se décelait du rapport à l'être; comme le signale en effet Heidegger : "l'être en son essence est fond. C'est pourquoi l'être ne peut jamais avoir encore, à son origine, un fond ou une raison qui devrait le fonder. Ainsi le fond demeure-t-il à l'écart de l'être. Le fond demeure à distance de l'être... l'être ne tombe pas sous le coup du principe de raison, auquel seul l'étant est soumis" (60).

La métaphysique, qui "nomme l'être et vise l'étant en tant qu'étant" (61), devient, sur le plan ontologique, "l'obstacle qui interdit à l'homme la relation originelle de l'être à l'essence de l'homme" (62) ou, dirons-nous dans notre langage, traduit une structuration de la pensée qui, à se poser comme recherche fondatrice, engendre sa propre clôture et présuppose celle de son objet. De s'arrêter à ce point qu'est le principe de raison pour ne pas approcher ce qu'il nous désigne, l'abîme, a ainsi conduit la pensée philosophique à voiler une dimension essentielle du réel.

(56) *Ibidem*, p. 100.

(57) *Ibidem*, p. 116.

(58) *Ibidem*, p. 120.

(59) *Ibidem*, pp. 237-238.

(60) *Ibidem*, p. 131.

(61) M. HEIDEGGER, *Questions I*, traduct. fr. par H. CORBIN, R. MUNIER, A. DE WAELEHENS, W. BIEMEL, G. GRANEL, A. PREAU, Paris, 1968, p. 29.

(62) *Ibidem*, p. 30.

Nous rejoignons ainsi l'enseignement de la réflexion épistémologique : de part et d'autre se profile tant la "morphologie" du discours philosophique "classique" comme recherche fondationnelle, traversée par des signifiants unitaires qui en garantissent la clôture interne, que son efficace de voilement, de travestissement, de mise à l'écart de ce qui n'est pas intégrable à cette pyramide fondationnelle. M. Ladrière a remarquablement exprimé cette dernière dimension : dans une telle lecture du réel "les contradictions de l'apparence doivent être expliquées et résolues à partir de cette relation du fondant au fondé : c'est seulement lorsque l'apparence se met à part et s'isole, se sépare de son fondement, qu'elle se charge d'incohérence. Le retour au fondement est à la fois la justification de tout ce qu'il y a de vrai dans l'apparence et l'élimination des incohérences qui ne sont jamais que des effets de surface, dus à l'autonomisation induite de ce qui de soi ne saurait être autonome" (63).

Si l'entreprise de fondation, comme transgression même de l'immédiat, doit être sauvegardée et légitimée, ce qui doit être mis en cause, pour l'effet réducteur qu'elle entraîne, c'est la volonté de poser, comme le signale le même auteur, "une instance ultime de sustentation".

A ce stade apparaît l'intérêt, pour nous, des remarques esquissées ci-dessus. C'est qu'en effet, nous tenterons de repérer dans les modèles que nous jugeons les plus archétypiques de la philosophie du droit, cette structure fondationnelle que nous venons de nommer. La portée d'une telle entreprise apparaît immédiatement : de produire du droit une représentation qui en assure le fondement et, par là, la rationalité, d'ainsi l'inscrire dans l'espace théorique qui en garantit la systématité et la cohérence, une telle lecture aboutit à engendrer des obstacles dans le fonctionnement du discours juridique; bien plus, vu la réalité langagière du droit, cette lecture amène le droit à se produire comme discours auto-reproducteur, évinçant du réel qu'il construit le caractère contradictoire qui commanderait sa propre reconstruction.

(63) J. LADRIERE, "L'abîme", loc.cit., pp. 189-190.

La formation des obstacles épistémologiques n'est point à référer uniquement à un conditionnement socio-économique et à la prégnance du mode de pensée philosophique. Comme le signalait G. Bachelard, "détecter les obstacles épistémologiques, c'est contribuer à fonder les rudiments d'une psychanalyse de la raison" (64). Il avait ainsi pressenti que les productions de l'esprit qui bloquaient le travail de la science, si elles s'inscrivaient dans un modèle de pensée clôturante, étaient aussi à mettre en relation avec l'économie libidinale du sujet parlant. Il importe peu, pour nous, de savoir si l'utilisation faite par Bachelard de la psychanalyse a été sauvage ou non (elle le fut sans doute). L'important est de souligner le lien qu'il pose entre épistémologie et psychanalyse : la pensée pré-scientifique traduit un ancrage mythique qui a quelque chose à voir avec l'inconscient du chercheur.

Cette idée, Bachelard l'exprime très nettement dans "La formation de l'esprit scientifique", soit en affirmant "que ce qu'il y a de plus immédiat dans l'expérience première, c'est encore nous-mêmes, nos sourdes passions, nos désirs inconscients" (65), soit en relevant l'animisme qui préside à nombre de représentations scientifiques et sa relation à la libido (66).

Les analyses de l'auteur sur ce plan, tout en étant plus suggestives que grandement élaborées, n'en restent pas moins révélatrices. Ainsi, de l'ouvrage principal qu'il a consacré à cette question, on peut relever, à titre d'exemples, deux métaphores indicatrices de cet ancrage inconscient de la relation du sujet au savoir qui fait obstacle à la production de savoir nouveau. La première métaphore est celle de la possession : en plusieurs endroits, Bachelard réfère l'idéologie pré-scientifique à celle d'un sujet qui, "comme tous les avares, (est) victime de l'or caressé" (67), ou bien qui est "avide de ces joies totalitaires du propriétaire" (68), le savoir étant ainsi comparé à un bien.

(64) G. BACHELARD, La formation de l'esprit scientifique, op. cit., p. 19.

(65) Ibidem, p. 46.

(66) Ibidem, pp. 201 et sv.

(67) Ibidem, p. 7.

(68) Ibidem, p. 239.

En d'autres endroits, notre auteur utilise au contraire la métaphore de la vision, mettant alors l'accent sur la nature fréquemment spéculaire du rapport du sujet à la connaissance (69).

Cette image du miroir suggérée par Bachelard (70), image qui rappelle le caractère spéculaire des théories de la connaissance élaborées par "la philosophie des philosophes", constitue par elle-même la meilleure suggestion à approfondir le lien ici amorcé entre épistémologie et psychanalyse. C'est la tâche à laquelle nous voudrions maintenant nous atteler.

(69) Ibidem, p. 148; voy. aussi, pp. 83, 194, 241, 248.

(70) G. BACHELARD, La formation de l'esprit scientifique, op. cit. p. 241.

CHAPITRE II : APPROCHE ANTHROPOLOGIQUE : SIGNIFICATION ANALYTIQUE DE LA RATIONALITE DU DISCOURS (META)-JURIDIQUE.

Introduction.

Déceler l'articulation clôturante de la rationalité juridique et l'interpeller par le biais des interrogations épistémologique ou heideggerienne, tel est l'acquis de notre réflexion. Il importe, cependant, d'aller plus loin. Repérer, dans la référence systémique et logicienne du discours juridique ou (méta)-juridique, la trace d'une épistémologie dogmatique méconnaissant le fait que l'histoire de la science ne se soutient que de ses propres ruptures et traduit le caractère historiquement construit de son objet, ne suffit point. De même, si nous ne pouvons que nous inscrire dans le champ de la déconstruction heideggerienne de la perspective fondationnelle et du rapport d'adéquation à la vérité qui définissent le discours métaphysique et, nous l'avons vu et le verrons, le discours du droit et sur le droit, il nous faut franchir un nouveau pas théorique : celui que suggère le trait d'union que nous mettons entre mytho et logique.

Le problème ici posé est de savoir quel est l'ancrage imaginaire de la logique qui travaille le discours (méta)-juridique, de définir le mythe dont se nourrit cette permanente référence paternelle du Texte qui assure la clôture logicienne du dire (méta)-juridique. Il s'agit donc d'éclairer l'amont et l'aval, le pourquoi et l'efficace de l'imaginaire logicien qui subvertit la rationalité juridique.

Une double question se profile ainsi : d'une part, quelle est l'économie libidinale que traduit le mode de pensée juridique; quel rapport du sujet au désir exprime la production de systèmes (méta)-juridiques ainsi clôturés; et, d'autre part, quelles sont les conséquences d'une telle clôture interne de la rationalité juridique ?

La formulation même des questions indique que c'est dans dans la théorie psychanalytique que nous pensons trouver les éléments de nos réponses. Le choix de l'outil analytique se justifie pour deux raisons principalement.

D'abord, il permet à la fois de dénoncer les "fausses" clôtures et d'interroger la production elle-même de la clôture pour la référer à la scène imaginaire du sujet pris au leurre de la croyance en la toute-puissance de son désir et, par là, au jeu de l'identification narcissique.

Ensuite, et nous retrouvons ici notre perspective épistémologique, la théorie freudienne, comme l'a très bien montré M. Lacan (1), inscrit le sujet dans un rapport au savoir et à la vérité qui rompt avec la théorie classique du sujet. La mise en question de la raison par l'émergence de l'inconscient trouve là sa signification. Elle aboutit à ce que M. Lacan nomme le "pas copernicien" constitué par la doctrine de Freud et qui consiste à faire de "l'écliptique... (le) modèle... de nos rapports au vrai" (2). Ainsi, à l'inverse du schéma hégélien qui déploie l'histoire comme constitution du savoir absolu par où se marque l'achèvement du sujet dans son identité à lui-même, pour la psychanalyse, le rapport du sujet au savoir et à la vérité est celui d'une méconnaissance, d'une béance qu'aucune clôture ne pourra jamais venir combler. S'ins-
titue ainsi une rupture dans l'analyse du sujet et de son discours, rupture qui restitue aux lacunes de sens et à ses contradictions la portée signifiante qui est la leur, de référer à cet autre discours - celui de l'inconscient - où se joue un désir qui ne s'affirme qu'à se poser dans l'ordre du manque, jeu non totalement déchiffrable par la conscience (3).

(1) J. LACAN, "Subversion du sujet et dialectique du désir", in Ecrits, Paris, 1966, pp. 793 et sv; voy. aussi "La Science et la vérité", in Ecrits, pp. 855 et sv.

(2) J. LACAN, "Subversion du sujet et dialectique du désir", loc. cit., p. 797.

(3) G. de VILLERS (Le désir du philosophe, Louvain, 1980, p. 79), reprenant à son compte la conception d'A. DE WAELENS (La philosophie et les expériences naturelles, op. cit.), peut ainsi très justement considérer que "(si) la philosophie explicite de Freud est une ontologie scientiste... la signification effective de l'oeuvre freudienne n'obéit pas à ce schéma".

La théorie analytique dissout ainsi le schéma unitaire d'un sujet porteur d'une vérité en voie d'achèvement.

L'usage de l'outil psychanalytique pour l'élucidation de la clôture logicienne du discours (méta)-juridique nous permet, par ailleurs, de limiter le champ historique de nos réflexions. M. Lacan a insisté en effet sur la relativité sociologique de la situation oedipienne telle qu'on l'analysera ci-dessous. L'effet structurant qu'on lui reconnaîtra pour le sujet est lié, constate-t-il, à un type de famille, celui de la famille patriarcale. De la même manière, pourrait-on dire, nous ne prétendons point ici déceler ce qui spécifie tout discours juridique : le discours de la loi tel qu'on essaie de le cerner et d'en repérer la dérive mythologique est celui de la société patriarcale qui a trouvé, dans les progrès des formes juridiques depuis la Rome antique, une expression significative (4).

La portée du chapitre ainsi fixée, son plan se dessine lui-même. A l'aide du matériau analytique décrit dans une première section, nous analyserons, dans une seconde section, le socle mythique où s'enracine la clôture logicienne du discours (méta)-juridique.

Section 1 : Le matériau analytique.

Définir le matériau théorique offert par la psychanalyse qui permettra l'élucidation de l'efficace du caractère mythologique du discours juridique, tel est donc l'objet de cette section.

(4) Cette dernière idée est reprise à J. LACAN, "Le complexe, facteur concret de la psychologie familiale. La famille", in Encyclopédie française, tome VIII, Paris, 1938, 8', 40-15; signalons que nous tentons présentement, dans le cadre d'une recherche menée sous l'égide de l'UNESCO, de mettre à l'épreuve cette même hypothèse du caractère mythologique de la rationalité juridique sur d'autres systèmes juridiques que le nôtre, tel le système arabo-musulman et le système africain traditionnel (sur ceci, cf. J. LENOBLE et F. OST, Le droit occidental contemporain et ses présupposés épistémologiques, Paris, UNESCO, 1977, et Prolégomènes à une lecture épistémologique des modèles juridiques, Paris, UNESCO, 1978).

Ce caractère implique, en effet, une certaine articulation du sujet à l'ordre du désir que permet d'éclairer la psychanalyse dont nous dirons d'un mot qu'elle apprend que le sujet ne se constitue que de renoncer à l'immédiateté de son désir.

Nous ne pourrions mieux faire, pour situer d'emblée la problématique, que de reprendre avec M. De Waelhens l'expérience infantine du "Fort-Da", décrite par Freud dans "Au-delà du principe de plaisir" (5) comme celle où "l'enfant... lance, reprend, relance et reprend encore ses jouets tout en s'écriant "Fort" et "Da", pour saluer soit leur disparition, soit leur retour" (6). Dans ce mouvement d'aller-retour, d'absence-présence de l'objet ludique, ce que l'enfant symbolise par les vocables Fort-Da, c'est la présence et l'absence successives du corps maternel et, parallèlement, celles de l'objet. Ce qui se joue là, et c'est ce qui nous importe, c'est, comme l'ont constaté notamment MM. De Waelhens et Lacan, l'amorce du procès constitutif du sujet désirant par "le renoncement à l'immédiat et l'entrée à la médiation, celle-ci se révélant inséparable d'un symbolisme (et)... de l'accès à la négativité" (7); "ce sont ces jeux d'occultation que Freud, en une intuition géniale, a produits à notre regard pour que nous y reconnaissons que le moment où le désir s'humanise est aussi celui où l'enfant naît au langage" (8).

Un double mouvement s'opère dans cette médiation - distanciation réalisée par l'accès au symbolisme. Comme le signale M. Lacan, "nous pouvons maintenant y saisir que le sujet n'y maîtrise pas seulement sa privation en l'assumant mais qu'il y élève son désir à une puissance seconde car son action détruit l'objet qu'elle fait apparaître et disparaître dans la provocation anticipante de son absence et de sa présence.

(5) Gesammelte Werke, t. XIII, London, pp. 11-15, cité par J. FLORENCE, L'identification dans la théorie freudienne, Bruxelles, 1978, p. 163.

(6) A. DE WAELHENS, La psychose. Essai d'interprétation analytique et existentielle, Louvain-Paris, 1972, p. 35.; voy. aussi du même auteur et dans le même sens, "Sur l'inconscient et la pensée philosophique", in L'inconscient, VIème Colloque de Bonneval, 1960, Paris, 1966, pp. 371 et sv.

(7) A. DE WAELHENS, op. cit., p. 35.

(8) J. LACAN, "Fonction et champ de la parole et du langage", in Ecrits, op. cit., pp. 318-319.

Elle négativise ainsi le champ de force du désir pour devenir à elle-même son propre objet... ainsi le symbole se manifeste d'abord comme meurtre de la chose, et cette mort constitue dans le sujet l'éternisation de son désir" (9). L'enfant, par son accès à la symbolisation, s'inscrit dans un processus de distanciation, d'affranchissement de l'immédiateté, assumant, dans ce processus qui est à la fois de reconnaissance et de dépassement, l'angoisse et la mort (10). Comme le remarque notamment M. Florence, "cet accès du sujet à l'univers symbolique est identiquement ce que Freud nomme "refoulement primaire" (Urverdrängung) - refoulement dont l'échec marquerait la structure psychotique" (11).

Par cet accès à l'univers du mot, qui, par la structure symbolique qui le constitue, rend la chose présente dans son absence, le sujet se définit dans l'ordre du manque et par là accède à l'ordre du désir, distinct de celui de la demande. Alors que la demande vise à rétablir cette complétude dont l'archétype est l'état de fusion originelle de l'enfant avec la mère, l'accès à l'ordre du désir traduit l'abandon du leurre de la recherche d'un objet partiel pouvant combler le manque qui nous définit (12) au profit du mode d'être de la négativité où

(9) J. LACAN, op. cit., p. 319.

(10) A. DE WAELHENS, op. cit., p. 36.

(11) J. FLORENCE, op. cit., p. 163, note 9, telle est aussi d'ailleurs la thèse défendue par A. DE WAELHENS, op. cit., p. 39 et sv.

(12) MM. Freud et Lacan ont insisté sur la circonstance propre à l'homme, origine de cette béance qu'ouvre la naissance et qui marque le sujet d'une demande de complétude fusionnelle; on pense ici à l'immaturité particulière qui frappe l'homme à sa naissance : "l'homme est probablement de tous les animaux supérieurs celui dont la naissance est la plus prématurée", A. DE WAELHENS, op. cit., p. 41. Dans le même sens, J. LACAN ("Propos sur la causalité psychique", in Ecrits, op. cit., p. 186), parle de la "prématuration de la naissance chez l'homme, autrement dit l'incomplétude et le retard de développement du névraxe pendant les six premiers mois". Comme le relève A. DE WAELHENS (op. cit., pp. 42-42), cette immaturité spécifique explique "que la naissance, par la radicale inadaptation qu'elle inaugure... soit le premier traumatisme de l'existence... et entraîne que notre lot original et inéluctable soit la dépendance, voire le parasitisme. Toute autonomie ultérieure est à conquérir contre eux et aussi en quelque sorte, contre soi-même puisque toute séparation ou scission aura, dès lors, des relents de délaissement et d'abandon, de répétition du traumatisme de la naissance..."

"les divers objets partiels... seront (pour le sujet) autant de signifiants possibles de son désir d'être reconnu par le désir de l'autre" (13).

Tel est donc le procès où le sujet et le réel se constituent : l'accès au symbolisme marque l'émergence de l'un et de l'autre.

Cette éclosion du sujet au langage (possibilité de métaphoriser) n'est cependant que le terme d'une succession de phases structurantes de la personnalité : seul l'Oedipe et son *Aufhebung* situeront pleinement le sujet et, par conséquent, l'introduiront à une société vraiment symbolique" (14). Ce n'est, comme nous le verrons, qu'avec la réussite de la "métaphore paternelle" - enjeu de l'Oedipe - que le sujet pourra affronter le réel. Il importe maintenant de décrire succinctement certaines de ces phases majeures qui marquent l'avènement du sujet au symbolique : au cours de ce relevé se repérera cet échec particulier de la métaphorisation qu'est la paranoïa, figure où nous puiserons le matériau explicatif de la clôture systémique qui affecte le discours juridique.

L'objet même de notre travail - référer le mode de pensée juridique à l'articulation du sujet au désir - commande que nous ne retracions point "l'ontogenèse" du sujet dans ses multiples et complexes stades structurants, ni que nous ne rentrions dans les débats techniques que développe la littérature psychanalytique. Nous nous contenterons ici d'exposer synthétiquement deux de ces stades qu'il nous faut, par ailleurs, concevoir comme des identifications : ainsi que le souligne en effet M. Lacan, "l'histoire du sujet se développe en une série plus ou moins typique d'identifications idéales" (15), à savoir l'identification spéculaire, formatrice du moi-idéal, (stade du miroir tel qu'analysé par M. Lacan) et les identifications secondaires qui marquent la résorption du complexe d'Oedipe

(13) A. DE WAELHENS, op. cit., p. 43.

(14) A. DE WAELHENS, op. cit., p. 63.

(15) J. LACAN, "Propos sur la causalité psychique", loc. cit., p. 178.

formatrice de ces autres instances du moi que sont le surmoi et l'idéal du moi (16).

§ 1. Le stade du miroir et l'identification spéculaire.

Référence est ici faite à l'expression jubilatoire de l'enfant d'environ 6 mois reconnaissant sa propre image dans le miroir et cela à un moment où il est "encore plongé dans l'impuissance motrice et la dépendance du nourrissage" (17). Comme l'indique M. Lacan, il faut "comprendre le stade du miroir comme une identification au sens plein que l'analyse donne à ce terme : à savoir la transformation produite chez le sujet quand il assume une image" (18). L'enfant fait l'expérience anticipante d'une unité corporelle qu'il n'éprouve pas. "L'image spéculaire fournit donc à chacun l'épreuve inaugurale de soi-même en tant qu'unité et totalité désignables" (19). Cette expérience première d'unité objectivante, où le moi se vit imaginativement comme moi-idéal, précède toute autre objectivation de soi qui sera donnée par la dialectique de l'identification à l'autre ou par l'accès au langage.

Un double mouvement caractérise ainsi cette expérience de l'image de soi du petit d'homme : à la fois il s'éprouve comme ce qu'il ne se vit pas, à savoir comme unité, comme je, et, ainsi parallèlement, il fait l'expérience d'un écart qu'il ne peut que combler imaginativement s'il est à combler. Par le jeu de cette captation par l'image, de cette identification à l'image spéculaire, va se "constituer dans l'homme, ce noeud imaginaire absolument essentiel (que) ... la psychanalyse a... admirablement désigné sous le nom de narcissisme" (20); où se

(16) Comme déjà indiqué, nous ne rentrons pas dans les diverses interprétations divergentes auxquelles ont donné lieu ces concepts non explicitement distingués par le père de la psychanalyse; sur ce problème, voy. notamment J. FLORENCE, op. cit., pp. 219 et sv.

(17) J. LACAN, "Le stade du miroir comme formateur de la fonction du Je", in Ecrits, op. cit., p. 94.

(18) Ibidem.

(19) A. DE WAELHENS, op. cit., p. 53.

(20) J. LACAN, "Propos sur la causalité psychique", loc. cit., p. 186.

repère l'agressivité du sujet de s'éprouver dans cette identification aliénante comme un autre que soi, agressivité qu'exprime clairement la tentation suicidaire de Narcisse (21). Ce que traduit ainsi le stade du miroir, c'est un phénomène d'identification, "rapport érotique où l'individu humain se fixe à une image qui l'aliène à lui-même... énergie et ... forme d'où prend origine cette organisation passionnelle qu'il appellera son moi" (22).

L'important pour nous est de repérer, dans cette identification spéculaire, le "piège" qui lui est lié de "l'aliénation objectivante ou (...) de l'objectivation aliénante. La tentation et la menace seront grandes, désormais, pour le sujet, au moment où commence pour lui l'oeuvre d'auto-signifiante qui sera toute son existence, d'éluder la tâche, de se tromper lui-même et de remplacer cette tâche par une autre à la fois sécurisante et sisyphique, qui consisterait à vouloir s'égaliser absolument à cette image spéculaire de lui-même qui le définirait pour toujours et sans appel, "tel qu'en lui-même l'éternité le change" (23). Or c'est bien à ce niveau que peut s'interpréter la position du paranoïaque (24), dont l'articulation du discours nous apparaîtra si éclairante pour l'interprétation de la clôture spécifique de la pensée juridique.

Comme le signale M. De Waelhens, "le paranoïaque est celui chez qui toute relation à autrui est structurellement une reproduction du couple spéculaire" (25). Le rapport à l'autre est vécu sur le mode imaginaire de l'identification spéculaire.

(21) Comme le signale A. DE WAELEHENS, "ce sera précisément l'impossibilité radicale de rejoindre absolument cette image idéale de soi (à quoi l'image spéculaire est promue), de coïncider purement avec elle, qui va déclencher contre cette même image l'agressivité du sujet déçu de ne pouvoir s'y aliéner pour de bon" (op. cit., p. 54).

(22) J. LACAN, "L'agressivité en psychanalyse", in Ecrits, op. cit., p. 113.

(23) A. DE WAELEHENS op. cit., p. 54.

(24) Remarquons avec A. DE WAELEHENS (op. cit., p. 57, note 39), que le narcissisme spéculaire du paranoïaque est, non pas primaire, comme il l'est en principe (en tant qu'il vise des investissements libidinaux préobjectaux et donc préœdipiens), mais secondaire si l'on admet "que le paranoïaque n'a pas toujours été paranoïaque ce qui paraît évident à beaucoup".

(25) Op. cit., p. 58.

Le discours du paranoïaque héritera ainsi des traits de cette identification où l'autre qu'est soi est vécu dans une position idéalisée à laquelle on s'identifie; s'y repèreront les symptômes d'une discursivité systémique.

Qu'est-ce à dire ? M. De Waelhens ici encore nous paraît très éclairant. Toute parole, explique-t-il, implique référence à un Tiers-témoin qui en garantit la validité. Là où on sait que "le sens de la totalité n'est pas un sens achevé et clos... (on) ne doute pas que la coïncidence de (son) dire avec celui du Tiers-témoin ne soit qu'un effort en devenir, une entreprise précaire..." (26). Toute autre est la position du paranoïaque : coïncidant avec la position du Tiers-témoin, son discours s'auto-valide; le lieu d'où il parle ne peut être que le lieu de la Vérité; son discours dévoile la vérité des choses dont il trace le tableau sans faille. Son dire ne fait que traduire l'absence de différence où se joue imaginativement sa relation à l'autre, vécue sur le mode du même, de l'ipséité.

On voit dès à présent le rôle de modèle que jouera le discours paranoïaque. C'est dans la méconnaissance propre au paranoïaque (ce jeu d'un écart comblé entre soi et l'image idéalisée de soi, piège de l'objectivation aliénante) et sa manifestation dans le mode d'articulation du discours, que pourra s'interpréter par analogie la fascination logicienne qui affecte le discours juridique.

Cette puissance explicative n'en apparaîtra que mieux au terme de l'exposé du problème de l'Oedipe dont la résorption par le sujet assurera l'accession au symbolique : c'est que le stade structural du miroir et l'identification qui lui est propre, "souche des identifications secondaires" (27), n'est qu'une première étape du procès constitutif du sujet.

§ 2. De L'oedipe à la métaphore paternelle.

Au terme de l'identification spéculaire et (ce dont nous ne parlerons pas ici) (28) de l'expérience de la différence

(26) Op. cit., p. 59.

(27) J. LACAN, "Le stade du miroir comme formateur de la fonction du Je", loc. cit., p. 94.

(28) Voy. sur le complexe d'intrusion, notamment J. LACAN, "Le complexe, facteur concret de la psychologie familiale", loc. cit., p. 94.

qu'apporte l'intrusion du frère, l'enfant peut accéder au rapport à un autrui pleinement objectal : la résorption réussie du drame qui va s'y jouer signifiera sa capacité à se situer dans le réel et à l'affronter. C'est ce drame, qualifié par Freud d'oedipien par référence au mythe du même nom, qu'il nous faut maintenant rapidement décrire dans sa "mécanique" et ses effets structurants sur le psychisme pour, ensuite, en montrer la signification du point de vue qui est le nôtre.

La formule simplifiée des relations oedipiennes chez l'enfant mâle, à laquelle nous limiterons (29), est bien connue. La préhistoire de l'Oedipe est faite de la coexistence de deux relations différenciées qui lient l'enfant mâle aux membres du couple parental. Tandis que l'enfant s'identifie à son père, qui est vécu comme modèle, l'évolution de sa sexualité l'amène à investir sa libido sur le corps de sa mère. Cet investissement sexuel de la mère amène bientôt le père à être perçu comme entrave à la réalisation du désir : "l'identification au père révèle alors son ambivalence : le désir d'être le père devient en même temps le désir de l'éliminer pour le remplacer auprès de la mère" (30). Face à la menace de castration que fait peser le père en cas de réalisation du désir incestueux, le garçon est "tenu" soit de perdre son pénis, soit de renoncer à son désir sexuel de la mère.

C'est la résolution de cette alternative qui assure la résorption réussie du complexe d'Oedipe. Cette résorption du complexe se marque par sa destruction : l'investissement libidinal est refoulé et ainsi désexualisé par le biais d'un renforcement de l'identification au père. L'organe génital est ainsi sauvegardé dans le même temps où sa fonction est paralysée. Il y a donc à la fois refoulement de la tendance sexuelle et sublimation de l'image parentale.

(29) Voy. sur les diverses combinaisons possibles de l'Oedipe, le travail de M. SAFOUAN, Etudes sur l'Oedipe, Paris, 1974.

(30) G. de VILLERS, op. cit., p. 107.

Ce double processus laissera sa trace dans le psychisme humain sous la forme de deux instances du moi : le surmoi qui refoule et l'idéal du moi qui sublime. Cet idéal exerçant une fonction pacifiante assure une harmonisation des exigences libidinales et de la normativité culturelle, connexion liée à l'image du père (31).

Quelle est la signification de cette structuration du sujet qu'opère la dissolution de l'Oedipe ? C'est ici que nous retrouvons notre projet : l'élucidation de l'implicite de la clôture postulée par le mode de pensée juridique. C'est qu'en effet la signification de "l'Oedipe réussi" - l'accession à la position métaphorique du père - nous fournira en positif ce qui travaille en négatif la philosophie du droit et la pratique juridique (cf. infra, section 2).

La situation oedipienne apparaît comme mise en scène du désir de toute-puissance de l'enfant dans sa relation à la mère dont il désire être le Phallus qui lui manque. Suite à l'interdit que le sujet expérimente comme menace de castration, l'enfant, par l'introjection de la figure paternelle, renonce à être le Phallus pour l'ériger en lui-même comme modèle. Ainsi accède-t-il à ce que M. Lacan appelle la "métaphore paternelle", à savoir la substitution du "nom-du-père au désir d'être le phallus de la mère" (32). Qu'est-ce à dire ?

(31) Citons ici Freud : "L'autorité du père..., introjectée dans le moi, y forme le noyau du surmoi..., lequel emprunte au père la rigueur, perpétue son interdit de l'inceste et ainsi assure le moi contre le retour de l'investissement libidinal d'objet. Les tendances libidinales appartenant au complexe d'Oedipe sont en partie déssexualisées et sublimées, ce qui vraisemblablement arrive lors de toute transformation en identification et en partie inhibées quant au but et changées en motions de tendresse. Le procès dans son ensemble a, d'un côté, sauvé l'organe génital, il a détourné de lui le danger de sa perte et, d'un autre côté, il l'a paralysé, il a supprimé sa fonction" (Gesammelte Werke, t. XIII, op. cit., p. 398, cité par J. FLORENCE, op. cit., p. 259). Comme le relève M. FLORENCE, à l'aide d'une expression très significative : par le fait de cette identification au père, "... le capital narcissique du moi... hérite ... d'un phallus symbolique intérieur : le noyau du surmoi" (ibidem), dont le contenu, fait remarquer le même auteur, traduit une énergie d'investissement qui provient des sources même du ça (op. cit., p. 239).

(32) A. DE WAELHENS, op. cit., p. 73.

Comme le fait remarquer, de manière très éclairante, M. de Villers, le désir de l'enfant de s'égalier imaginativement au phallus qui manque à la mère est confronté au fait que le désir de la mère "se tourne vers un autre que lui, l'enfant, vers un père qui a le Phallus sans l'être. Cette distinction de l'être et de l'avoir est essentielle... En effet, ce n'est que dans la mesure où elle est perçue par l'enfant que celui-ci pourra renoncer à son tour, au moins partiellement, à cet idéal : combler la mère" (33). Double déchirement que doit assumer le sujet : celui de la rivalité du père et celui de l'incapacité de ce dernier également à combler totalement le désir de la mère.

Le père est donc symboliquement castré (il ne comble pas totalement le désir de la mère). Le père apparaît ainsi dans l'Oedipe résorbé non comme la Loi mais comme signifiant la Loi, cette Loi, la seule sans doute, que "nul n'est censé ignorer" (34). Se comprend ainsi que, par l'Oedipe, le sujet s'insère (suite à l'introjection de la figure paternelle) dans l'ordre de la Loi en tant qu'il reçoit le nom du père qui devient le sien. "C'est dans le nom du père qu'il nous faut reconnaître le support de la fonction symbolique" (35). Par cette patronimisation, le sujet accède à l'ordre du désir et entre dans la négativité; la castration symbolique qui en résulte "supprime l'enfant en tant qu'il est le phallus de la mère pour le constituer en sujet qui a un phallus ou qui peut le recevoir" (36).

L'acceptation de la position métaphorique du père introduit le sujet à la possibilité de "métaphoriser" et, par là, à l'ordre du symbolique. C'est dans cette mesure que l'on peut dire de l'Oedipe qu'il constitue la subjectivité et rend le sujet, par son assujettissement à la Loi qui fait du

(33) G. DE VILLERS, op. cit., p. 233.

(34) A. PATSALIDES, La passion du jeu. Contribution à l'étude de la structure perverse, thèse, Louvain, 1974, p. 111.

(35) J. LACAN, "Fonction et champ de la parole et du langage", loc. cit., p. 278.

(36) A. DE WAELHENS, op. cit., p. 75.

phallus le signifiant du manque dans l'être, capable de parler, de vivre son désir dans une relation au réel et à l'autre où l'autre est vécu comme autre. A renoncer dans l'Oedipe à être ce qui comble la mère, le sujet peut se définir comme sujet de manque et, par là, être de désir. Cela n'est rendu possible que par la réussite de la métaphore paternelle : "la paternité est une métaphore, figure substituable qu'aucun père réel ne peut occuper à suffisance pour satisfaire au désir de la mère" (37).

A l'inverse, l'échec d'une telle métaphorisation, le non-accès au symbolique se traduit par exemple dans le rapport au monde du paranoïaque : rapport qui est de l'ordre de l'image, le sujet se voyant lui-même comme un objet imaginaire. Aucune place donc n'apparaît pour une visée signifiante, pour un jeu de sens : son dire épuise la vérité des choses, exprime la clôture même qui est impliquée dans le rapport spéculaire.

On se trouve ainsi ramené, pour mieux en percevoir la portée, à ce que nous avons vu de la signification de l'identification spéculaire. De ce point de vue, un passage de M. Florence, traduisant la pensée de M. Lacan, nous a paru significatif de la distinction à faire entre identification "réussie" (parce qu'inachevée) et identification "ratée" (parce que toujours déjà achevée) : "il y aurait donc à distinguer, dans cette formation du "sujet" qui est plus large que le "moi", une identification instauratrice du moi-idéal, l'identification spéculaire ou encore imaginaire ou narcissique et une identification constitutive de l'idéal du moi, non spéculaire, symbolique, issue non d'une projection de toute-puissance mais d'une introjection du signifiant. Cette identification symbolique, à l'inverse de l'autre, ne fomenterait pas une plénitude imaginaire, un espace inattaquable pour le moi, mais consacrerait, du fait de cette relation à des signifiants, l'impossible fermeture du moi, le manque d'une représentation "idéale" de soi - en d'autres termes, la castration et par là le sujet comme désirant" (38).

(37) G. de VILLERS, op. cit., p. 246.

(38) J. FLORENCE, op. cit., p. 224.

Ces deux types d'identification et leur enjeu, l'accès ou non à la métaphorisation du langage, vont nous permettre maintenant d'éclairer la portée de l'inscription logicienne de la rationalité du discours (méta)-juridique.

Section 2 : Interprétation analytique de la rationalité du discours (méta)-juridique.

L'exposé des étapes structurantes de l'ontogenèse - et son enjeu fondamental : l'accès au symbolique - devrait suffire à fournir les éléments d'une fructueuse confrontation avec les productions culturelles que sont le discours philosophique et le discours juridique.

Ce travail est cependant, pour le discours philosophique à tout le moins, entamé par Freud lui-même et poursuivi notamment par M. de Villers (39). C'est dans sa théorie "des trois âges de l'humanité", que le père de la psychanalyse a jeté les bases de sa réflexion sur les productions philosophiques. Cette théorie, exprimée dans Totem et Tabou (40) et encore rappelée, vingt ans plus tard, dans la conférence intitulée "D'une conception de l'univers" (41) prend son point de départ dans les travaux de l'ethnologue J.G. Frazer (42).

Selon Frazer, on le sait, l'humanité connaîtrait un développement en trois phases. La première est appelée animiste, la seconde religieuse et la troisième scientifique.

Au stade animiste, l'homme, projetant ses structures internes sur le monde, se représente les objets qui l'entourent sous des formes humaines et les relations qui les rassemblent comme des motions intentionnelles. De cet univers anthropomorphisé, l'homme se croit être le centre en sorte que son désir peut s'y déployer sans entraves

(39) G. de VILLERS, op. cit.

(40) S. FREUD, Totem et Tabou, Paris, 1970.

(41) S. FREUD, "D'une conception de l'univers", in Nouvelles conférences sur la psychanalyse, Paris, 1975, pp. 208 et sv.

(42) J.G. FRAZER, The Golden Bough, 3ème édit., Londres, 1911.

En un mot, le "primitif qui a une confiance démesurée dans la puissance de ses désirs" (43) identifie l'ordre de ses pensées (c'est-à-dire de ses désirs) et celui de la réalité; il croit pouvoir agir, par la parole ou le geste, sur le cours des événements, les techniques magiques étant, par ailleurs, entièrement fondées sur cette structure mentale.

A cette première "conception de l'univers" en succède une autre lorsque deviennent patentes les illusions qu'elle recèle. L'homme réalise l'ampleur de sa finitude et, ne pouvant se résoudre à laisser inexplicables l'univers et la place qu'il y occupe, attribue désormais aux dieux cette toute-puissance dont il se croyait jadis investi. C'est le stade religieux au cours duquel l'homme s'en remet, pour ce qui est de son origine et de son salut, aux êtres surnaturels qu'il se réserve cependant d'influencer par la prière et le sacrifice.

Un jour ou l'autre cependant, l'homme s'avise de l'autonomie des processus naturels dont il est maintenant en mesure de dégager les régularités et de comprendre les lois. Il entre dans la phase scientifique où l'expérimentation active et infinie de la pratique scientifique, qui accepte les contraintes du réel, se substitue aux croyances antérieures.

Reprenant à son compte cette classification, Freud se propose de tenter "le parallèle entre le développement de la manière humaine de concevoir le monde et le développement de la libido individuelle". Nous trouvons alors, poursuit-il, "qu'aussi bien dans le temps que par son contenu, la phase animiste correspond au narcissisme, la phase religieuse au stade d'objectivation caractérisé par la fixation de la libido aux parents, tandis que la phase scientifique a son pendant dans cet état de maturité de l'individu caractérisé par la renonciation à la recherche du plaisir et par la subordination du choix de l'objet extérieur aux convenances et aux exigences de la réalité" (44).

(43) S. FREUD, Totem et Tabou, op. cit., p. 99; sur cette question, cf. J. FLORENCE, op. cit., pp. 73 et sv.

(44) S. FREUD, Totem et Tabou, op. cit., p. 106; sur ce parallèle cf. G. de VILLERS, op. cit., pp. 156 et sv., pp. 181 et sv.

Quelques précisions sur ce triple rapprochement.

Le premier couple à préciser est celui de l'animisme et du narcissisme. Tout comme l'animiste s'illusionne sur sa toute-puissance en investissant un univers qui n'est que le reflet de son propre psychisme, ainsi aussi l'individu, en sa phase narcissique, développe un rapport illusoire au monde sur le mode spéculaire (45). Par la magie, la pensée animiste croit agir directement sur le cours des choses, de même que, dans les productions narcissiques, s'exerce une surévaluation des puissances de la parole. Et tout comme le primitif sortait de cet univers autarcique par investissement d'êtres surnaturels parés de la toute-puissance, ainsi aussi l'enfant accède ici à l'échange social en se confrontant aux personnages parentaux, nouveaux objets d'investissements libidinaux.

Où se noue le second couplage proposé par Freud entre phase religieuse et stade oedipien. On sait comment les problèmes suscités par ces investissements se résolvent par refoulement et sublimation, au terme desquels l'enfant intériorise le discours parental de la loi. Du surmoi ainsi mis en place, se dérive cette formation supérieure qu'est la religion, formation encore marquée, quoique de façon substitutive, par le désir de toute-puissance.

Ce n'est que lorsqu'enfin le sujet parvient à faire son deuil de sa satisfaction immédiate, qu'il accède à l'ère scientifique où prime le principe de réalité avec lequel l'homme a appris à composer.

Ce cadre de référence posé, il est très important de ne jamais le comprendre comme un tableau exprimant un développement linéaire et irréductible de l'humanité et de la personnalité. Ce serait à la fois sacrifier à l'évolutionnisme le plus désuet et trahir, sinon la pensée de Frazer, du moins celle de Freud.

(45) En ce sens, G. ROHEIM : "La magie, dans sa forme première et originale est l'élément fondamental de la pensée, la phase initiale de toute activité... La tendance orientée vers l'objet (libido ou destrudo) est détournée et fixée sur le Moi (narcissisme secondaire) pour constituer des objets intermédiaires (culture) et, ce faisant, maîtriser la réalité, du seul fait de notre propre magie" (Magie et schizophrénie, Paris, 1969, pp. 101-102).

Chacun des stades est à saisir bien moins comme une étape chronologique du développement de la pensée que comme un dispositif structural dont les rapports entre éléments sont de recouvrement, de régression et d'anticipation. Aucun individu n'a jamais totalement surmonté l'Oedipe (46). Aucune pensée n'est à ranger intégralement au registre du scientifique ou du religieux. Du reste, Freud lui-même prend bien soin de préciser que l'investissement narcissique initial se perpétue dans les constellations suivantes (47). Ainsi - et cette précision est bienvenue pour faire contre-poids à certaines illusions rationalistes du savant viennois (48) - Freud observe que dans la conception scientifique du monde "on retrouve les traces de l'ancienne croyance à la toute-puissance, de la confiance en la puissance de l'esprit humain qui compte avec les lois de la réalité" (49).

Ces réserves formulées, quel parti Freud tire-t-il de cette typologie pour l'étude du discours philosophique ? L'intuition du maître viennois est que le style philosophique s'apparente aux ressorts de la démarche magico-animiste. Rappelons que pour Freud, l'axe de cette pensée animiste est la croyance en la toute-puissance des idées qui se traduit par "la surestimation des opérations intellectuelles dont on est soi-même capable" (50). Voici alors l'intuition maîtresse : notre philosophie - est-ce niable ? -, a conservé quelques traits essentiels du mode de pensée animiste : la surestimation de la magie verbale, l'idée que notre pensée guide et régit les

(46) En ce sens, cf. J. FLORENCE, op. cit., p. 290.

(47) S. FREUD, Totem et Tabou, op. cit., p. 105 : "nous pressentons que cette organisation narcissique ne disparaîtra plus jamais complètement".

(48) In "D'une conception de l'univers", loc. cit., p. 226, FREUD révèle que son plus ardent souhait est "que l'esprit scientifique, que la raison accède à la dictature dans la vie psychique des humains".

(49) S. FREUD, Totem et Tabou, op. cit., p. 104; faisant écho à cette remarque, J. FLORENCE (op. cit., p. 81), observe quant à lui : "il n'y a pas jusqu'aux formes supérieures de la pensée qui ne soient également marquées de l'origine magique. Que l'homme religieux attribue aux dieux la toute-puissance ou que l'homme de science l'attribue à l'esprit scientifique soumis à la réalité, chacun regagne finalement ce à quoi il prétend renoncer".

(50) S. FREUD, "D'une conception de l'univers", loc. cit., p. 217.

phénomènes réels (51). Tout comme le primitif croit agir sur le cours des événements par la formulation ou le geste rituel, ainsi le philosophe mobilisant les signifiants majeurs, s'imagine rendre compte de l'univers. "Se cramponnant à des chimères, poursuit Freud, le philosophe prétend offrir un tableau cohérent et sans lacunes de l'univers" (52). Ainsi s'élaborent des conceptions du monde qui ont vocation à résoudre, selon un principe unique, tous les problèmes que pose l'existence. Et Freud de pointer vers le ressort qui motive de telles productions culturelles : c'est un "idéal" des hommes que d'ainsi ordonner l'univers et d'y fixer leur place; idéal si important qu'il se renforce des ressources de la croyance (53).

Ainsi passe-t-on, dans l'élucidation du style philosophique, du registre ethnologique au registre psychanalytique. Rappelons-nous qu'au stade animiste correspond une structure de type narcissique. Il faudrait donc retrouver, dans l'élaboration philosophique, les éléments d'une telle structure. C'est ce à quoi s'attache M. Lacan qui rapporte les séductions narcissiques (métaphysiques) aux substrats les plus archaïques du sujet : la "nostalgie du tout" témoignerait du désir de retour au sein maternel. Par quoi il vise le "mirage métaphysique de l'harmonie universelle, l'abîme mystique de la fusion affective, l'utopie sociale d'une tutelle totalitaire, toutes sorties de la hantise du paradis perdu d'avant la naissance et de la plus obscure aspiration à la mort" (54). Captation donc de l'esprit par un logos où le sujet s'annule (vertige narcissique) dans l'adéquation à soi, où le penseur se neutralise dans l'objectivité de la vérité.

Un petit texte de la "Doctrine du droit" de Kant, peut servir ici de paradigme. Voici l'apostrophe qu'adresse aux théoriciens du droit le grand philosophe de Königsberg :

(51) S. FREUD, ibidem, p. 218.

(52) S. FREUD, ibidem, p. 212.

(53) S. FREUD, ibidem, p. 208.

(54) J. LACAN, "La famille", loc. cit., p. 8.

"si les philosophes jurisconsultes veulent s'élever ou s'aventurer jusqu'aux premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit (sans laquelle toute leur science du droit serait simplement statutaire), ils ne peuvent être indifférents sur ce qui touche la garantie de la perfection de leur division des concepts de droit; autrement cette science ne serait pas un système rationnel, mais simplement un agrégat fortuit.

- La topique des principes doit, pour la forme du système, être complète, c'est-à-dire que l'on doit pouvoir indiquer le lieu qui convient à un concept (*locus communis*) qui est ouvert à ce dernier d'après la forme synthétique de la division; on démontrera aussi d'après cela que tel ou tel autre concept qui serait placé en ce lieu serait contradictoire et devrait en disparaître" (55).

(55) E. KANT, Métaphysique des moeurs. Doctrine du droit, trad. fr. par A. PHILONENKO, Paris, 1971, p. 240. On se persuadera de la permanence de cette forme de pensée en prenant connaissance de la manière dont Puchta, un des chefs de file de l'Ecole du droit historique, irréductiblement opposée à Kant, conçoit la rationalité du droit et la mission de la science qui le prend pour objet : "les règles juridiques particulières qui forment le Droit d'un peuple constituent entre elles un tout organique qui s'explique d'abord par son émanation du peuple... Mais cette propriété du droit qui fait que ses règles se coordonnent en une totalité organique comme les membres d'un tout, lui vient aussi de sa nature, de la rationalité qui lui est propre... C'est ainsi que le Droit, bien que procédant de la liberté, apparaît conditionné par la nécessité naturelle de ses objets : il est quelque chose de rationnel. Et c'est de là que vient l'ordre systématique que forment ses règles, qui fait qu'elles se conditionnent et se présupposent mutuellement et que de l'existence de l'une il soit possible de conclure à celle de l'autre... C'est alors la tâche de la science de reconnaître les règles juridiques dans leur ordre systématique... pour suivre la généalogie des plus isolées jusqu'à leur principe et redescendre des principes à leurs dernières conséquences". (PUCHTA, Cursus der Institutionen, Encyclopädie, § 15, pp. 32-33, cité et traduit par A. DUFOUR, "Rationnel et irrationnel dans l'Ecole du droit historique", in A.P.D., 1978, t. 23, p. 168). On voit comment cette théorie, partie d'une idée originale qui voulait rompre avec le rationalisme juridique de Kant (idée du droit comme émanation de la tradition et du peuple, *Volksgeist*) se métamorphose en production systématique par le biais d'un "opérateur mythologique" : le droit comme "tout organique".

Tel s'articule l'idéal du philosophe du droit : produire un système où chaque réalité trouve sa place correcte - "tableau cohérent et sans lacunes" disait Freud - concaténation logique dont l'unité ("système rationnel") transcende la multiplicité ("agrégat fortuit") et dont "la garantie de la perfection, non nommée par Kant et pour cause, ne se laisse saisir que comme leurre de l'adéquation spéculaire.

Nous avancerons encore d'un pas dans la compréhension du style philosophique en étoffant la série déjà exposée, animisme-narcissisme d'un troisième terme emorunté à la psychanalyse: "paranoïa". Le phénomène de la paranoïa nous éclairera dans la mesure où ce sont les formes déviées de discours qui nous renseignent le mieux, par leurs outrances mêmes, sur ces formes ordinaires.

Appliquant cette idée au problème qui nous occupe, Freud précise : "On pourrait risquer cette sentence : un délire paranoïaque est une caricature d'un système philosophique" (56). En un autre texte, le père de la psychanalyse reconnaît d'ailleurs que l'expression "toute-puissance des idées", qui lui a servi à décrire la pensée animiste, rapprochée elle-même de l'économie narcissique et des productions philosophiques, lui a été suggérée par un de ses patients, Ernst Lehrs, docteur en droit, souffrant de troubles obsessionnels graves (57). La paranoïa se définit du reste, selon ce qui en a été dit ci-dessus, comme une formation pathologique se structurant au stade du miroir, stade narcissique par excellence (58). Or, fait qui nous intéresse au plus haut point, le rapport du paranoïaque à la vérité du discours est un rapport tout à fait privilégié.

Le paranoïaque, observe M. De Waelhens, "ne peut discourir en toute occasion et quasi explicitement qu'au nom de la vérité; ainsi qu'on le disait autrefois du Saint Office, il est "définiteur" de vérité" (59).

(56) S. FREUD, Totem et Tabou, op. cit., p. 88.

(57) S. FREUD, Totem et Tabou, op. cit., p. 101; cf. aussi "D'une conception de l'univers", loc. cit., p. 217.

(58) En ce sens, cf. A. DE WAELEHENS, op. cit., p. 142.

(59) A. DE WAELEHENS, ibidem, pp. 143 et 59.

Pour lui, le sens des choses, de soi-même et du monde n'est pas à constituer dans l'échange et la communication : il a à être proféré de façon apodictique par lui qui sait. Le sens est toujours déjà donné, étalé comme une image, sous ses yeux, sans distance et sans mystère; par sa parole cette signification s'accomplit définitivement. Comme l'animiste, le paranoïaque fait de ses discours "des choses douées de propriétés en soi" (60); ses discours qui ne se risquent pas au désir d'autrui, et à l'écart de la signifiante, disent et accomplissent le monde, tout comme l'image spéculaire répond absolument et immédiatement de son modèle.

Est-ce à dire qu'ainsi fonctionne le discours philosophique ? Non pas : Freud désigne dans la paranoïa, la "caricature" de la philosophie. Caricature, idée limite que tend à rejoindre l'idéal du philosophe. Souvenons-nous de l'apostrophe kantienne, penseur pourtant bien averti des ravages du dogmatisme. Comme l'écrit très bien M. de Villers, "en prétendant rejoindre, au terme de son système, le signifié ultime, le philosophe pervertit les processus de l'énonciation, la valence métaphorique des signifiants" (61). Il y a, en effet, dans la quête de l'objet absolu (songeons à la fascination ontique de la tradition métaphysique dénoncée par Heidegger), un repliement sur soi des virtualités métaphoriques du langage. Fantasme de la toute-puissance de la raison (et du philosophe qui s'en fait le héraut), qui prend le relais, comme l'observe M. De Waelhens, de la plus archaïque illusion (62). Est-ce dès lors un hasard si M. Derrida qualifie la métaphysique

(60) A. DE WAELHENS, ibidem, p. 144.

(61) G. de VILLERS, op. cit., p. 251; cf. aussi J. DERRIDA, Marges de la philosophie, Paris, 1972, p. 51 : "la philosophie serait ce procès de métaphorisation qui s'empporte lui-même".

(62) A. DE WAELHENS, op. cit., p. 159 : "Lorsqu'il arrive au philosophe d'affirmer que l'homme est au monde comme un empereur dans son empire, ce pieux souhait ne fait qu'exprimer la plus tenace illusion de l'esprit et de la tradition rationalistes, prenant à un autre niveau le relais d'une illusion plus archaïque".

occidentale de "mythologie blanche" ? (63).

Ainsi se trouve articulée l'interpellation psychanalytique du style philosophique : conviant le philosophe à réaliser ce passage à la limite vers lequel toujours il s'efforce, cette interpellation y repère la croyance en la toute-puissance des idées (reliquat magico-animiste), le leurre de l'adéquation spéculaire (fixation narcissique) et l'annulation des virtualités métaphoriques du langage (discours paranoïaque).

Que ces effets se réalisent de manière très différenciée selon les époques, auteurs et courants de pensée, c'est un fait d'évidence que ce repérage ne peut en aucune manière réduire. Mieux : nous verrons dans la suite que certaines philosophies du droit - les plus grandes et qu'en ce sens, paradoxalement, la réflexion psychanalytique ramène à leur vérité - ont quasi explicitement dénoncé (mais sans jamais y renoncer totalement) les séductions de l'unité et les illusions légitimations que toujours la pensée juridique a réclamées, pour s'en renforcer, à l'arsenal philosophique.

Passant maintenant de la philosophie du droit au discours juridique lui-même (discours du législateur, du juge, de la doctrine), pourrions-nous trouver quelque lumière dans la typologie freudienne ?

L'âge juridique s'inscrit sans doute dans le deuxième stade repéré, si du moins on renonce aux spéculations relatives tant à la nostalgie d'un âge d'or anté-politique (âge fusionnel), qu'à l'utopie d'un paradis sans droit ni Etat (âge scientifique). Lorsque, surmontant son autarcisme originaire, l'individu ébauche les premières relations sociales, alors aussi la loi s'impose comme régulateur et, avec elle, ses porteurs éminents : juge ou législateur.

(63) J. DERRIDA, op. cit., p. 254 : "La métaphysique - mythologie blanche qui rassemble et réfléchit la culture de l'Occident : l'homme blanc prend sa propre mythologie, l'indo-européenne, son logos, c'est-à-dire le mythos de son idiome, pour la forme universelle de ce qu'il doit vouloir encore appeler la Raison".

C'est l'ère du Texte qui ainsi s'inaugure dont l'archétype, pour nos sociétés occidentales, reste situé sur ce mont Sinaï où Dieu lui-même prit soin de fixer les termes de l'alliance sacrée sur les tables de la loi. En deçà, c'est l'opacité de la fratrie concurrentielle, au-delà la transparence des rapports sociaux rationnels. Quant à l'âge juridique, compris comme ère du Texte où s'inscrit et se règle en une logique unitaire le jeu des multiples intérêts, il ne réalise l'interaction sociale - toute relative d'ailleurs et toujours précaire - que de l'intériorisation du commandement et de l'idéalisation corrélative de son auteur. Cette production culturelle, en dépit de ses laïcisations successives, s'enracine en sol sacré (64) et se produit comme discours clôturé; clôture, fixité, à la mesure des fascinations identificatoires par lesquelles les désirs narcissiques, qui n'ont pas désarmé, survivent à se fondre dans la figure du garant : l'auteur du Texte. Dans les développements de la deuxième partie de cette étude, nous avons suivi les étapes de ce procès identificatoire où la loi se faisait Texte, le législateur Pontife et le juriste Docteur, procès qui ne se soutient que de la préalable soumission du sujet de droit à cette "première loi" dont Rousseau disait qu'elle "commande de respecter les lois" (65).

Le discours juridique, s'il traite effectivement des contradictions et conflits sociétaires, a ainsi pour fonction de les réduire - au sens chimique du terme - d'en dégager un "précipité" homogène et assimilable aux "solutions qu'il

(64) P. RICOEUR, Le conflit des interprétations, Paris, 1969, pp. 350-353, montre bien que toute la thématique classique du droit pénal, centrée autour de la peine, repose sur une telle mythologie. Ce qu'il y a en effet de plus rationnel dans le droit pénal, l'équivalence du crime et de la peine (proportionnalité que ne cessent de rationaliser nos ordres juridiques modernes), révèle ainsi sa plus grande irrationalité : l'idée que la peine "efface" le crime, représentation qui ne s'explique que dans l'univers du sacré où l'expiation-purification se produit effectivement comme annulation de la faute-souillure.

(65) J.J. ROUSSEAU, Discours sur l'économie politique, La Pléiade, Paris, 249.

promeut. (66). Et c'est le rôle de la philosophie du droit qui donne à ces solutions, à cet ordre, ses lettres de noblesse, que de raviver pour eux-mêmes les mirages de la toute-puissance, foyer de vérité dont les détenteurs du pouvoir, qui se présentent comme interprètes de la loi, savent toujours détourner quelques rayons pour illustrer leur autorité. Au langage du philosophe qui tente à occuper de droit la position du Tiers-garant, qui s'imagine pouvoir parler au nom de la Vérité, répond le langage du maître, auteur du commandement qui s'imagine pouvoir parler au nom de la Loi.

Au point de rencontre opère le Texte juridique comme résultat de la surdétermination de l'autorité par la vérité, comme fruit du réescompte de la vérité par l'autorité. Un tel Texte, garanti dans l'ordre du savoir et du pouvoir, fonctionne comme code, abolit l'inadéquation du signifiant et du signifié : il dit la vérité des rapports sociaux en même temps qu'il l'accomplit.

S'il est vrai que l'accès de l'individu à la parole et au désir passe par l'identification au père, de même sans doute, l'accès des sociétés à la communication et à l'équilibre passe-t-elle par l'intériorisation d'une loi commune. Mais de même que, dans l'histoire du sujet, l'identification réussie opère comme écart et métaphore - le père n'est pas la loi, il la représente - ainsi, aussi, au plan sociétaire, l'harmonie ne se gagnerait-elle que de la diffusion d'une loi qui sache faire place au jeu des désirs et conflits.

(66) Le juriste applique le droit au social. Mais ce social est lui-même compris comme une entité déjà structurée, ordonnée, disciplinée : "l'ordre social, parce que social, ne peut être envisagé autrement qu'en tant que discipline générale et donc systématiquement organisée" (P. PESCATORE, Introduction à la science du droit, Luxembourg, 1978, p. 557.); cf. aussi H. BATTIFOL (Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit., pp. 50-51) qui évoque, dans cet ordre d'idées, "le conditionnement mutuel des solutions les unes par les autres", conditionnement qui opère comme "un lien de caractère organique" qui "se manifestera, si on n'en tient pas compte, par la multiplication des difficultés, voire des incohérences ou des résultats contraires à l'équité comme tout organisme qui se défend contre un élément étranger inassimilable". Et encore : "si la nouveauté n'affecte que des régions superficielles, elle sera assimilée, au prix peut-être d'une transformation d'elle-même comme de la région affectée. Si elle concerne au contraire la zone profonde, elle sera rejetée ou disloquera le système.

Tâche à vrai dire infinie, impliquant mobilisation politique et éthique permanente, dont le discours juridique, relayé par la philosophie du droit, s'est toujours détourné, préférant une identification spéculaire qui contrôle le jeu et l'innovation sociétariaire à une identification métaphorique qui les favorise (67).

Nous voici à pied d'oeuvre. Deux remarques préliminaires s'imposent encore. La première concerne le champ de la problématique étudiée, la seconde le choix des auteurs retenus.

En ce qui concerne la problématique étudiée, il peut sembler étonnant de traiter, pour illustrer la thèse du caractère mytho-logique de la rationalité juridique, des courants théoriques aussi divergents que celui du iusnaturalisme classique (Aristote), du iusnaturalisme moderne (Kant) et du positivisme contemporain (Kelsen). C'est de volonté délibérée que nous adoptons une démarche qui transcende ces courants de pensée ce qui, bien entendu, ne dispense pas de l'étude de leur spécificité.

(67) Remarquons, avant d'entamer notre parcours dans la philosophie du droit, que la philosophie politique connaît aujourd'hui une forme de mise en question qui s'apparente à celle que nous proposons. C'est à l'ouvrage de L. SFEZ "L'Enfer et le Paradis. Critique de la théologie politique" Paris, 1978, que nous pensons principalement. Notre dispositif épistémique, explique M. SFEZ, fonctionne sur le modèle de la représentation : le signifiant représente le signifié, le savoir représente la réalité, le Parlement représente la nation, la monnaie représente la marchandise (pp. 10-11). Schéma générateur d'autant de distorsions, de coupures, d'aliénations... qui ne pourrait fonctionner comme tel si "autre chose ne se jouait sous la représentation qui en limite les dégats, en raccommode les unités coupées, réunifie au centre les éléments de la série infinie des représentants, leur donnant, en dépit de leur éclatement, un sens" (p. 11). Cet "autre chose" n'est plus de l'ordre des signes et des discours; il rompt la concaténation des représentations : il est acte, opération symbolique vers lequel converge et d'où part tout discours. Cet acte symbolique, M. SFEZ le pense sur le modèle eucharistique. "L'eucharistie n'est pas un signe, un représentant : il est la présence en un point de la chaîne des signes, d'une réalité, qui, à partir de lui, traversera tout le système...

Nous croyons en effet avoir montré ailleurs (68) que le débat qui oppose ces doctrines et occupe le devant de la scène juridique figure une représentation en trompe-l'oeil, des présupposés communs, à vrai dire essentiels, animant les diverses théories en présence. Se définissant toujours en opposition l'une à l'autre, les positions iusnaturaliste et positiviste réussissent à occulter la clôture dans laquelle s'inscrit leur débat et à dissimuler les questions qu'elles éliminent l'une et l'autre. Dans cette mesure, l'opposition de ces courants leur fournit un mutuel appui et l'efflorescence des conceptions intermédiaires qu'ils secrètent perd son caractère paradoxal.

-
- (67) suite ... représentatif d'une force réelle" (p. 57).
Opération de présentification, de transsubstantiation qui immerge les jeux de sens dans un ordre plein où s'abolit la distance du représentant et du représenté, du signifiant et du signifié. Technique de recodage des processus discursifs où se laisse entrevoir, par la vertu de la parole sacramentelle, la réunification symbolique des savoirs et des pratiques. Et M. Sfez de pointer, au creux des grandes théories politiques (Rousseau, Montesquieu, Marx, etc.), la commune inspiration théologique qui les anime, ramenant, en une économie du signe qui n'est plus de l'ordre de la raison mais du désir (p. 55), la chaîne signifiante vers ce "Paradis" où se réconcilient les objets dispersés qui s'offrent à notre savoir et à notre action. Ainsi, par des voies différentes de la nôtre mais convergentes et sur un objet distinct mais voisin, se trouvent désignées à la fois la clôture de nos discours instituants et l'instance qui en est l'origine. Ce n'est que de se réinscrire dans un horizon de sens ultime, le "Paradis" retrouvé de la rationalité et de la justice, que le discours juridique, comme le discours politique, peut conjurer la disparité du social, l'aléa de l'historique, les contradictions de l'individuel. (Pour une présentation plus détaillée de cet ouvrage, cf. le compte rendu de M.F. RIGAUX, in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1979, 2, p. 134).
- (68) J. LENOBLE et F. OST, Le droit occidental contemporain et ses présupposés épistémologiques, Paris, Unesco, 1977; M. van de KERCHOVE et F. OST, "Possibilité et limites d'une science du droit" in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1978, n° 1, pp. 13 et sv; pour une application au droit positif, cf. M. van de KERCHOVE, "Culpabilité et dangerosité. Réflexion sur la clôture des théories relatives à la criminalité", loc. cit.

Ainsi le iusnaturalisme, concentrant son attention sur un ordre juridique idéal, a-t-il tendance à accepter en bloc, et donc laisser inexpliqué, le droit positif présumé conforme à l'ordre naturel et rationnel, tandis que, à son tour, le positivisme, muet sur la question des fondements et des valeurs au service desquelles opère le système juridique, avalise-t-il, le plus souvent à son insu, les rationalisations idéalistes relatives à ces questions (69).

Nous trouvons donc, dans la problématique de la théorie du droit, une situation comparable à celle déjà relevée au plan de la logique juridique, situation théorique marquée par une triple caractéristique :

- . Opposition de doctrines plus apparente que réelle dans la mesure où elles partagent secrètement des présupposés communs.
- . Opposition plus dialectique que réelle dans la mesure où les doctrines en présence se prêtent un mutuel appui et donnent naissance à une multitude de positions intermédiaires (70).
- . Opposition plus stratégique que réelle dans la mesure où elle permet de masquer la clôture dans laquelle s'inscrit leur débat et de conjurer ainsi les questions essentielles qui demeurent refoulées.

(69) A propos des conceptions intermédiaires, la littérature juridique abonde de telles "hybridations" théoriques. Ainsi, le iusnaturaliste Dabin donne-t-il une définition positiviste du droit tandis que le positiviste C. de Malberg finit par invoquer la notion de "valeur morale" des dirigeants et du peuple. L'ambiguïté est à son comble lorsqu'on parle, comme on l'a fait parfois, de "droit naturel positif" (P. FORIERS, "Actualité du droit naturel et libre recherche scientifique", in. J.T. 1954, pp. 494 et sv).

(70) Il est très significatif de constater que c'est à un même type d'observation qu'aboutissait Bachelard lorsqu'il tentait de situer les diverses théories de la connaissance par rapport à l'épistémologie qu'il préconisait. Celles-ci se déploient en deux directions opposées, de l'idéalisme au réalisme, en passant par plusieurs stades intermédiaires. Peu importants les contenus de ces théories, ce qui nous intéresse, c'est l'observation de Bachelard selon qui : "en repliant le schéma autour de son centre, on peut faire coïncider " ces diverses positions théoriques...

C'est précisément l'enjeu des développements qui suivent que de pointer ces questions essentielles rejetées au-delà du cercle magique que toujours retrace la théorie du droit. La rupture épistémologique que nous proposons - nourrie de l'acquis de la théorie contemporaine de la connaissance et de la psychanalyse - devrait permettre de s'arracher à cette circularité pour en penser à la fois la clôture, les raisons de son émergence (repérées dans le jeu des identifications constitutives du sujet) et la portée de son efficace (désignée dans le refoulement du désir et du conflit individuels et dans l'uniformisation du social-historique).

Notre seconde observation préliminaire concerne le choix des auteurs retenus : Aristote, Kant et Kelsen. Il apparaît d'emblée que ces penseurs ne s'inscrivent pas naturellement, comme le feraient sans doute beaucoup plus aisément Platon, Leibniz ou Savigny par exemple, dans le cadre d'une théorie du droit clôturée, à fondement mytho- ou théo-logique. On peut même dire que, du point de vue de notre thèse, Aristote, Kant et Kelsen constituent des contre-modèles.

Aristote, en réaction notamment à la pensée légaliste de Platon, met en lumière le caractère inachevable du discours déterminatif du juste et, par là, du discours juridique tout entier.

Kant, quant à lui, renonce aux séductions d'un droit naturel qui prétendait dégager, toutes faites, des solutions dans l'ordre de la nature; il opte résolument pour un droit positif rationnel "à contenu variable".

Quant à Kelsen, il dénonce explicitement les séquelles de religiosité et de métaphysique qui obscurcissent la théorie du droit, même d'inspiration positiviste; la Théorie pure qu'il

(70) suite ... (G. BACHELARD, Le rationalisme appliqué, op. cit. pp. 5 et sv)". "Que signifie cette pliure ?" demande à son tour D. LECOURT (L'épistémologie historique de G. Bachelard, op. cit., p. 50), "c'est que chacune des doctrines peut être renversée en la doctrine apparemment contradictoire sans que sa nature en soit changée". Et encore : "le caractère le plus évident de la topologie de Bachelard est de définir un champ clos" (ibidem, p. 52).

préconise se veut relativiste, laissant le soin aux agents juridiques qui élaborent la "politique juridique" de préciser le contenu des normes formant les ordres juridiques "dynamiques".

Ce rapide aperçu doit suffire à donner une idée de la difficulté de la tâche que nous nous proposons. Il nous a cependant paru plus stimulant et plus scientifique d'éprouver la fécondité de nos hypothèses sur des pensées qui, en première lecture, semblent les invalider. Un patient travail de décryptage textuel nous permettra cependant de déceler, dans les théories d'Aristote, de Kant et de Kelsen, une double confirmation de nos présupposés théoriques. C'est que, d'une part - c'est en cela qu'ils nous interpellent encore - les auteurs retenus ont, chacun de leur façon, dénoncé l'économie mythologique qui travaillait la théorie du droit de leur époque; c'est que, d'autre part - comme si la béance ainsi entrevue recélait une vérité trop lourde à tenir - ces penseurs ont à leur tour succombé, à leur manière qui était une manière renouvelée, aux séductions de la croyance dont procède la théorie de la bonne loi.

TITRE II

ARISTOTE, KANT, KELSEN ET LA RATIONALITE MYTHO-LOGIQUE

CHAPITRE I : LA THEORIE ARISTOTELICIENNE DU DROIT.

Introduction.

Trois raisons justifient le choix de la théorie aristotélicienne du droit à l'effet de déceler la dérive mythologique de la rationalité juridique qu'assure, sur son terrain spécifique, la philosophie du droit.

Une première raison est à trouver dans le contenu même de cette théorie. On l'a déjà signalée précédemment en qualifiant le discours d'Aristote sur le droit de "contre-modèle".

En effet, s'il était une philosophie du droit qu'a priori l'on qualifierait de "non clôturante", c'est bien celle du Statgirite. Nul mieux que lui, sans doute, n'a théorisé la rationalité juridique comme irréductible à la rationalité mathématique et à la clôture symbolique dont celle-ci est porteuse.

Ainsi, tenter de définir la théorie aristotélicienne comme modèle de pensée assurant l'ancrage mythologique du droit paraît, dès l'abord, une tentative paradoxale. C'est cependant ce repérage du mythologique dans une pensée qui se veut non systématisante que nous allons essayer d'opérer.

L'on voit aussi, dans le sillage de cette première justification, resurgir la spécificité de notre projet théorique : la mise en lumière du caractère mythologique de la pensée juridique ne s'identifie pas à la seule dénonciation de la légitimation supra positive qu'assurerait une telle pensée à l'égard du droit. Limitée à ce niveau, notre hypothèse trouverait chez Aristote un écho sans signification particulière, vu le caractère métaphysique avoué de sa philosophie. C'est ailleurs que le débat est porté : il vise à repérer la réinscription du droit dans l'horizon imaginaire de la clôture logicienne au sein d'une pensée qui, par ailleurs, prétendait l'en extirper.

Une deuxième raison est à trouver dans le caractère, en quelque sorte, archétypal de la philosophie du droit d'Aristote.

Celle-ci constitue un modèle de la pensée juridique occidentale, à tout le moins dans son versant iusnaturaliste. Non seulement nombre de théoriciens s'y réfèrent explicitement, quoiqu'à des degrés divers (1); mais surtout de multiples représentations véhiculées par les juristes ne peuvent se comprendre que comme des reprises, souvent inconscientes et caricaturales, des positions du Stagirite, ne retenant de ces dernières qu'une version naturaliste simplifiée et dogmatique aux dépens des tensions qui animent de part en part la pensée aristotélicienne (2).

Un troisième facteur, enfin, définit l'enjeu de l'analyse qui va suivre. Il a trait au moment historique où survient la théorie aristotélicienne du droit : tant au plan de la nature du discours tenu qu'à celui de son objet, le droit, cette théorie entend rompre avec un horizon mythologique (le terme étant pris ici en son sens usuel).

Au plan du discours tout d'abord.

Le regard que porte Aristote sur le droit s'inscrit historiquement à un moment qualifié habituellement comme étant celui de la naissance de la philosophie.

Ce regard, dans la ligne de ceux de Socrate et de Platon, traduit, suivant la signification traditionnelle qu'on en donne, l'émergence progressive d'une pensée rationnelle, qui rompt ainsi, au terme de la période "transitoire" des "présocratiques", avec un ordre de pensée "pré-rationnelle", la pensée mythique.

A la religiosité des discours mythiques (d'Homère à Pindare), se substitue progressivement un discours qui fait droit à la parole rationnelle. A la parole incantatoire ancrée dans le mystère de la fatalité divine, se substitue une parole qui, parce que

(1) Citons notamment, parmi les plus connus M.C. Perelman (dans le cadre de ses recherches logiques), M.M. Villey et M.H.A. Schwarzbiermann von Wahlendorf.

(2) voy. ainsi sur l'influence d'Aristote à l'égard du courant réaliste américain, M. HAMBURGER, Morals and Law. The growth of Aristotle's theory, New-York, 1965, pp.162 et sv.

se voulant intégralement légitimée, instaure le droit à l'action pour l'homme, ainsi affranchi de sa dépendance des divinités mystérieuses.

Une nouvelle manière de questionner le réel s'instaure qui traduit une laïcisation progressive de la parole. Une volonté de rupture engendre ainsi une mutation dans le statut du discours. Avec Platon et Aristote se posent les principes d'une nouvelle logique propre à une pensée qui s'inscrit dans l'ordre de la rationalité.

On voit dès lors l'importance qu'une telle lecture, assurément exacte dans le fait de mutation qu'elle relève à défaut de l'être dans l'interprétation historiciste qu'elle dénote (3), revêt pour notre sujet. La pensée aristotélicienne sur le droit, liée à la naissance d'un genre nouveau, serait le terme d'un processus historique qui affranchit la pensée de son ancrage mythique et la conduit au seuil du logos rationnel.

Le refoulement de l'imaginaire au profit du réel, des explications mythiques au profit d'une démonstration rationnelle se trouverait consommée par l'avènement des pensées platonicienne et aristotélicienne.

Au plan du droit ensuite.

Cette mutation dans le statut et la construction du discours (et conséquemment dans les genres culturels) (4) correspond à une modification de l'organisation politique qui concerne au premier chef la théorie du droit, à savoir, d'une part l'établissement progressif d'un régime démocratique qui fait des options politiques l'enjeu d'un débat auquel, de droit, participent tous les citoyens et, d'autre part, l'avènement du règne de la "loi" : à la volonté arbitraire d'un individu ou d'un groupe se substitue l'assujettissement de tous à des règles.

(3) voy. pour une critique de cette présentation historiciste de la naissance de la philosophie, F. CHATELET, "Du mythe à la pensée rationnelle" in Histoire de la philosophie, t.I, Paris, 1972, pp.17 et sv.

(4) Comme le signale M.F.Châtelet (op.cit., p.18): "A cette époque des genres culturels changent de sens et de style: la tragédie, de fondamentalement religieuse, devient cérémonie civique; la comédie passe du jeu bouffon à la critique politique; d'autres se renforcent comme l'histoire-géographie...; d'autres naissent... comme la "physique" qui en vient, peu à peu, des spéculations magiques à l'étude des relations phénoménales...".

Sur le plan politique se traduit donc la même mutation vers une sphère laïcisée, référée à l'ordre de la rationalité : le citoyen n'est soumis qu'à l'autorité de ce qu'il domine par la maîtrise qui est la sienne de la scène politique, maîtrise médiatisée par l'accès de tous à la parole.

Cela explique à la fois l'importance symbolique du nomos dans la pensée grecque et l'importance de la réflexion sur la justice, à l'origine tant de la philosophie de Platon que de celle d'Aristote.

Apparaît ainsi la fonction symbolique de la philosophie aristotélicienne du droit : tant au plan théorique (naissance de la philosophie), qu'au plan pratique (instauration du régime de la loi), Aristote apparaît comme cristallisant la rupture avec l'ordre du mythe.

Se joue là un désir de rompre dont l'histoire de la philosophie du droit sera l'écho et la reprise : comme nous le verrons, le modèle kelsénien, à l'origine duquel gît la critique kantienne, traduit la même mise à mort symbolique du mythe de la lecture religieuse, débusquée dans le iusnaturalisme des philosophies du droit classiques.

Nous tenterons cependant de montrer que, par delà la coupure exemplaire que traduit la philosophie aristotélicienne du droit, celle-ci reste ancrée dans l'ordre du mythe, et, qu'au sein même de la théorie de la loi, se décèle la présence d'une clôture qui restaure un ordre dogmatique par l'horizon de vérité où s'inscrit la pensée.

Nous nous attacherons, ainsi, à présenter l'ordre de la raison qui sous-tend la philosophie du droit naissante comme ordre qui, fondant le discours juridique, en fait un discours de résonance.

Cet encadrement historique de la pensée aristotélicienne explique que, dans un premier temps nous évoquions brièvement certains des éléments de la pensée juridique pré-aristotélicienne. Ce rappel apparaît en effet comme indispensable non seulement pour comprendre la spécificité de la réflexion du Stagirite, mais aussi pour repérer au sein de cette dernière ce que nous appellerons sa trace "mytho-logisante".

Section 1. La configuration historique de la théorie grecque du droit jusqu'à Aristote : du fondement divin et naturel au fondement rationnel.

Deux périodes peuvent être distinguées dans l'élaboration de la problématique du droit telle qu'elle apparaît à Aristote : celle de l'émergence du Nomos et de la recherche de son fondement (§1) et celle de la crise sophistique et de la résurgence du fondement (§2).

§ 1. L'émergence du Nomos et la recherche de son fondement.

Nous tenterons de montrer plus loin qu'Aristote apparaît "comme se situant au point d'aboutissement d'une longue histoire au cours de laquelle l'idée de Justice n'a cessé de se "laïciser", sans y parvenir cependant tout à fait avant l'Ethique à Nicomaque" (5). A un premier niveau, ainsi, se trouve évoquée l'idée de rupture pour caractériser la spécificité de la théorie aristotélicienne du droit.

Cette même idée de coupure laïque est aussi avancée, non plus au terme du processus théorique qui traduit la naissance de la philosophie du droit mais à son origine : la laïcisation progressive de la pensée sur la justice serait concomitante à cette mutation institutionnelle qu'est l'avènement de la "loi politique", à l'"aspect laïc et démocratique" marqué (6); elle exprimerait sur le plan théorique la rupture ainsi repérée sur le plan institutionnel. C'est cette dernière idée que nous voudrions ici interroger.

(5) R.A. GAUTHIER et J.Y. JOLIF, Aristote. L'Ethique à Nicomaque - introduction, traduction et commentaire, 2^e éd., t.II, 1, Louvain Paris, 1970, p.325; sur ceci voy. aussi A.EHRHARDT, Politische Metaphysik von Solon bis Augustin, Tübingen, 1959, pp.33 et sv.

(6) J. de ROMILLY, La loi dans la pensée grecque, Paris, 1971, pp. 11 et 23.

A l'effet de permettre précisément une meilleure définition tant de l'apport du Stagirite à la problématique juridique de l'époque que des traits mythologiques qui caractérisent sa théorie, nous viserons, dans les développements qui suivent, à montrer que le processus théorique qui conduit à Aristote, par-delà l'éventuelle coupure qui en serait à la base, traduit la récurrence de la démarche fondationnelle qui était celle de la pensée mythique.

Des modalisations de la pensée apparaissent qui font que le fondement se dit différemment; la pensée présocratique sur le droit n'aura de cesse, cependant, que de retrouver ce fondement qu'une laïcisation du droit risquait de faire perdre.

Avant d'analyser plus en détail les traits propres sous lesquels cette continuité d'une démarche fondationnelle trouvera à s'exprimer, il importe au départ de situer quelque peu le cadre proprement mythologique dont héritait la pensée grecque au moment de l'avènement du règne de la loi.

L'idée de Justice est représentée, avant le VI^e siècle, par le couple Thémis-Dikè, l'une et l'autre ayant cependant une signification et un domaine d'application différents et d'importance variable (7). Tandis que Thémis exprime plus "le sens moral de la vie humaine", Dikè présente "un caractère de nécessité absolue" (8).

Thémis, personnalité cultuelle très importante, tient dans le panthéon olympien la place de nourrice de l'épouse et surtout de conseillère de Zeus; elle représente ainsi l'idée de Justice dans un aspect plus social que physique : l'idée est de convenances à respecter.

(7) P. GUERIN, L'idée de Justice dans la conception de l'Univers chez les premiers philosophes grecs - de Thalès à Héraclite; thèse faculté des Lettres de Lyon, Strasbourg, 1934, p.20, note 42; voy. aussi L. HENNEBICQ, L'idée du juste dans l'Orient Grec avant Socrate, Bruxelles, 1914, surtout pp.221 et sv.

(8) R. HIRZEL, Thémis, Dikè und Verwandtes, Leipzig, 1907, réimpr. Hildesheim, 1966, pp.2-3; P. GUERIN, op.cit., p.1.

Dikè, au contraire, constitue une personnalité culturelle bien moins accusée : elle est beaucoup plus vengeresse que conseillère.

Elle traduit, en effet, "une rigueur plus matérielle que morale, se rapportant aux nécessités plus qu'aux obligations sociales" (9). Miss Harrison (10) a bien mis en lumière ce caractère physique de la Dikè et le fait que lorsque Dikè s'applique au droit et aux sentences du juge, c'est pour en marquer le caractère de nécessité rigoureuse (11).

Avec l'évolution institutionnelle de la société grecque, Dikè voit son importance s'accroître dans la représentation du droit. Thémis, en effet, représentant une sorte de "moralité de clan" (12) et couvrant de ce fait le fonctionnement du système normatif à l'intérieur des familles ("ensemble de règles en vigueur au sein des familles, là justement où l'individu est en contact direct avec une contrainte morale" (13), signifie de moins en moins

(9) P. GUERIN, op.cit., p.18.

(10) M. HARRISON, Thémis - a study of the social origins of Greek religion, Cambridge, 1927, p.516.

(11) On peut encore signaler un autre trait distinctif de Thémis et Dikè, rapporté tant par R. Hirzel (op.cit., p.108) que par M. Guérin (op.cit., p.20, note 40) et qui met en scène un problème qui traversera toute la philosophie grecque du droit, celui du rapport entre droit et vérité, problème hautement significatif, par ailleurs, pour notre propre lecture des théories du droit. Citons M. Guérin lui-même : voulant approcher la signification de Dikè, il note "le rapport étroit...entre le droit et la Vérité : tout jugement droit était un jugement fondé sur la vérité des prétentions de ceux qu'on avait à juger et c'est pourquoi Dikè avait été dans la mythologie soeur de la Vérité. Au contraire, Thémis, qui se rapporte à la morale et s'appuie sur les exemples, était très distincte de la Vérité".

(12) L. GERNET, Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce, Paris, 1917, p.8.

(13) P. GUERIN, op.cit., p.22.

adéquatement la nouvelle notion de Justice qui se fait jour avec la désagrégation des vieilles familles. A la suite de la désorganisation des "genè", Thémis se rétrécit au point de n'être plus qu'une vertu morale.

Au contraire, Dikè, qui sous-tend avec son caractère de rigueur inéluctable et de répartition des biens matériels, la constitution du système normatif lié aux rapports entre grandes familles, prend une portée significative croissante à l'égard du système juridique naissant.

Thémis et Dikè constituant donc deux thèmes de représentation de la vie sociale, l'un désignant essentiellement la réalité morale, l'autre visant "la régularité -...la légalité au sens scientifique du mot- que l'intelligence a vue dans les choses" (14), sous la pression de l'évolution des faits sociaux ou corrélativement à celle-ci, la représentation de la Justice et du droit articule progressivement sa référence fondationnelle sur le modèle mythologique de la Dikè : le droit s'ancre dans l'idée de régularité physique.

C'est dans ce cadre qu'avec l'avènement de la loi écrite (15) va commencer et se dérouler jusqu'au Vè siècle avant J.C. ce que Mme J. de Romilly appelle "une aventure intellectuelle" (16) liée au fait même de cet avènement.

(14) op.cit., p.25.

(15) Cet avènement, Mme J. de Romilly le désigne comme terme d'un processus politique qui se déroule du VIIIè au VIè siècle avant J.C. et qui voit se constituer les cités et, au sein de celles-ci, des régimes politiques associant de plus en plus les citoyens à la prise de décision politique. Le même auteur signale très judicieusement comme autre facteur constitutif de l'émergence de la "loi politique" la redécouverte par les Grecs de l'écriture, condition jugée par lui nécessaire à son existence (op.cit., p.11; dans le même sens PLATON, Lois, Livre III, 680a) Notons enfin que ces règles écrites, posées par le pouvoir politique acquerront ce qui fera leur originalité dans la pensée grecque avec l'avènement de la démocratie (J. de ROMILLY; op.cit., p.12). Dès cette époque aussi, elles prendront le nom de "nomos" qui, de ce fait, revêt pour la première fois un sens politique.

(16) J. de ROMILLY, op.cit., p.4.

C'est cette aventure, qui se clôturera, selon ce même auteur, avec Platon, que nous voudrions esquisser ici, non par souci d'érudition, mais, comme on l'a déjà dit, pour mieux situer tant la spécificité de la théorie aristotélicienne du droit que ce que nous nommerons sa trace mythologique.

L'histoire de cette aventure qui marque l'éclosion de la philosophie du droit est en fait celle de la recherche du fondement du droit et de sa redécouverte après l'ébranlement provoqué par la critique sophistique. La peur du vide, tel est bien le moteur qui anime cette période de réflexion juridique étonnamment dense. Cette peur, qui va féconder et nourrir la problématique et son articulation, est liée au caractère même du système normatif nouvellement mis en place en Grèce au VI^e siècle avant J.C. (régime politique fondé sur la loi écrite) : "Si la loi en Grèce avait été, comme elle le fut dans certaines civilisations, considérée comme loi révélée et garantie par une autorité religieuse, sa nature en tant que telle n'eût jamais été mise en question. Mais le mot nomos, dont la valeur allait de l'ordre du monde aux habitudes de tel groupe particulier, ne pouvait se spécialiser dans un emploi intermédiaire et rigoureusement défini, sans que des difficultés surgissent, et en haut et en bas de l'échelle sémantique" (17).

En bas de l'échelle, car il va s'agir de différencier la "loi politique" de la simple coutume marquée du sceau de la relativité.

En haut de l'échelle, car si en ce sommet "la loi pouvait être sentie comme universelle et comme ayant valeur absolue... toute loi ne pouvait pas se réclamer de tels garants- et en particulier pas la loi écrite, dont les Grecs étaient si fiers" (18).

Cette recherche d'un garant va se traduire, notamment, par l'invocation des lois non écrites et, au plan plus philosophique,

(17) J. de ROMILLY, op.cit., p.25.

(18) Ibidem.

par une idée de la Justice ancrée dans celle d'harmonie (19).

Rapidement, afin de "se réfugier à l'abri d'un ordre moins mouvant" (20), les Grecs posèrent l'existence de règles qui, sans être écrites, s'imposent à tous. L'Antigone de Sophocle explicite bien cette position. Face à Créon qui poursuit l'héroïne pour violation de son décret royal, Antigone s'exprime ainsi : "...Je ne pensais pas que tes défenses à toi fussent assez puissantes pour permettre à un mortel de passer outre à d'autres lois, aux lois non écrites, inébranlables des dieux! Elles ne datent, celles-là, ni d'aujourd'hui ni d'hier, et nul ne sait le jour où elles ont paru. Ces lois-là, pouvais-je donc, par crainte de qui que ce fût, m'exposer à leur vengeance chez les dieux?"

Cette manière de référer la loi non écrite à une origine divine évoluera au profit d'une acception morale de cette loi, cette dernière conception étant très explicite chez Thucydide (21).

Un mouvement de laïcisation s'instaure donc dans cette recherche d'un garant au travail juridique, garant qu'en elle-même la loi politique ne peut pas donner. Ce mouvement trouvera, comme on le verra, une forme de point d'aboutissement chez Aristote et sa théorie de l'*épistéikéia*.

Il reste, et c'est ce qui nous importe à ce stade, que face à la précarité de la loi politique, recours sera recherché dans l'affirmation d'une instance normative qui vient cautionner la loi écrite.

Que cette instance normative s'exprime dans des fondements divers, n'entame point la réaffirmation d'une sphère qui restaure l'unité par-delà le divers, la nécessité par-delà la contingence de la loi écrite. Ce qui risquait de se perdre comme attitude mentale,

(19) voy. sur les règles non écrites, notamment R. HIRZEL, "Agraphos Nomos", Abh. der Sächsischen Ges. der Wissenschaften (Phil-Hist), 20, 1900.

(20) J. de ROMILLY, op.cit., p.49.

(21) "...car nous prêtons attention aux magistrats qui se succèdent et aux lois - surtout à celles qui fournissent un appui aux victimes de l'injustice et qui, étant lois non écrites, comportent pour sanction une honte indiscutée", Thucydide, dans l'oraison funèbre qu'il prête à Périclès (II, 37, 3), cité par J. de ROMILLY, op.cit., p.35.

dirions-nous, avec l'avènement de la loi écrite se trouve, par ce biais, réaffirmé : le vide se recomble, le mythe réintègre la pensée.

A un deuxième niveau, la théorie de la loi traduit la recherche d'une référence, d'un garant qui la fonde. Cette deuxième ouverture, complémentaire de la première, s'exprime dans le recours à l'idée d'harmonie et à celle de l'ordre de l'univers : la nécessité de la force obligatoire de la loi se soutiendra de l'ordonnement réglé du cosmos.

Cette réinscription du droit dans un cadre fondateur qui en assure la clôture s'exprime fréquemment chez Sophocle et Euripide (22). Mais c'est à cette remytho-logisation par la philosophie du droit naissante que nous voudrions nous attacher. Nous limiterons cependant, notre propos à la théorie des pythagoriciens, dont l'intérêt propre est qu'elle préfigure la démarche moderne qui a visé à ancrer le droit dans la clôture symbolique de la mathesis.

Dans un premier temps, néanmoins, il importe de situer l'approche philosophique de la justice au sein de laquelle les pythagoriciens prendront place.

M. Heinemann (23) et, à sa suite, MM. Gauthier et Jolif (24) ont bien montré que "l'antithèse Nature-Loi n'apparaît (pas)...avant la seconde moitié du V^e siècle". C'est dire qu'antérieurement l'idée de la loi reste rivée à celle de Nature.

Tel paraît, en effet, bien être l'horizon qui se dégage de la réflexion philosophique du VI^e siècle et du début du V^e siècle avant J.C., réflexion, cependant, qui exige, du point de vue de la philosophie du droit, une très grande prudence dans son interpréta-

(22) voy. sur ceci J. de ROMILLY, op.cit., pp.159-160.

(23) F. HEINIMANN, Nomos und Physis. Herkunft und Bedeutung einer Antithese im griechischen Denken des 5 Jahrhunderts, Bâle, 1945, réimpr. Darmstadt, 1972, pp.113-114.

(24) R.A. GAUTHIER et J.Y. JOLIF, op.cit., t.II.1, p.393.

tion non seulement vu le caractère fragmentaire et dispersé des sources parvenues jusqu'à nous mais aussi à raison de ce que son objet ne semble pas avoir été le droit.

L'idée de Justice telle qu'elle apparaît aussi bien chez Anaximandre, chez les pythagoriciens, chez Parménide que chez Héraclite, est associée à celle d'un ordre réglé du réel. Sans nier les différences fondamentales qui affectent ces divers philosophes (25), le cadre dans lequel est défini la Justice est celui d'une totalité cohérente et ordonnée et celui de la réduction du multiple à l'un.

Chez Anaximandre, elle est associée à l'idée d'un principe de répartition qui maintient l'intégrité du monde cosmique et qui, conformément à l'ordre de celui-ci, restaure l'équilibre qui tend à disparaître (26).

Chez les pythagoriciens, l'horizon se précise, comme nous le verrons ci-dessous, à travers l'approche formelle qui est faite

(25) Sur ceci, voy. notamment, l'ouvrage déjà cité de P. Guérin.

(26) Voici le texte essentiel d'ANAXIMANDRE relatif à la Justice : "Ce dont vient la naissance des êtres, en cela se produit leur dissolution selon la règle; car ils se donnent réparation eux-mêmes et les uns aux autres de leur injustice selon l'ordre du temps", H. DIELS, *Doxographi Graeci*, Berlin, 1879, réimpr. Berlin, 1958, p.476 (cité par P. GUERIN, *op.cit.*, p.36); comme l'indique très justement ce dernier auteur, l'affinité du texte avec la pensée mythologique est patente : la règle dont question chez Anaximandre "rappelle à la fois la Moira d'Homère et la Dikè mythologique : tout est soumis à une loi en vertu de laquelle chaque chose doit être à sa place et chaque être remplit son rôle sous peine de châtement ou de compensation" (*op.cit.*, pp.36-37). De même, on peut souligner, sur base de cette même affinité, combien le rôle cosmique de la Justice est pensé de manière analogue à son rôle social et réciproquement (voy. dans le même sens, P. GUERIN, *op.cit.*, p.99).

de l'idée de Justice et l'inscription de celle-ci dans le cadre de la rationalité mathématique.

Chez Parménide, l'horizon se déplace mais n'en reste pas moins significatif car pour ce philosophe, comme l'indique M. Guérin, "ce n'est plus seulement à voir la Justice qui est dans le monde ou à y mettre celle que l'on conçoit, que la pensée désormais s'appliquera, mais à mettre de la justesse en elle-même" (27). La Justice, en effet, (présentée dès le début du fameux Poème de Parménide comme celle dont la permission doit être accordée au Poète qui, conduit par les Filles du Soleil à la demeure de la Muse, doit recevoir de celle-ci la révélation de la Vérité) (28), est associée aux règles de la discursivité logique que la pensée doit respecter pour découvrir la Vérité, identifiée à l'Être absolu.

L'idée de Justice "suggère ainsi l'idée d'une loi inflexible à laquelle nul n'échappe et qui doit être par suite rigoureusement observée par le raisonnement, si l'on veut arriver à la Vérité" (29). Associée aux idées de Vérité et de Nécessité, la Justice s'applique aux procédés mêmes de la pensée dont elle commande le fonctionnement réglé qui en assure la rigueur par le respect de sa cohérence.

Afin d'explicitier quelque peu cette articulation de la théorie de la loi dans la pensée philosophique de l'époque, on ne peut mieux faire que d'esquisser quelques thèmes de la théorie politique des pythagoriciens. Quelles que soient, en effet, les particularités de ce courant de pensée, il exemplifie bien la reprise, sur un mode laïc, de l'inscription naturaliste de la "théorie" de la loi

(27) op.cit., p.76.

(28) voy.; sur ce passage la traduction qu'en donne J. BEAUFFRET in Le Poème de Parménide, Paris, 1955, pp.77-79.

(29) P. GUERIN, op.cit., p.70; dans le même sens, J. BERNHARDT : "Chez Parménide...la règle logique se présente dans son oeuvre comme une norme apte à nous dévoiler les propriétés de l'Être parce que l'Être lui-même exprime sa perfection en des déterminations qu'il impose à la pensée" ("La pensée présocratique" in Histoire de la philosophie, t.I, La philosophie païenne, Paris, 1972, p.45.

antérieure au VI^e siècle et illustre ainsi l'horizon logicien qui progressivement fonde cette théorie à partir du VI^e siècle (30).

Trois idées paraissent caractériser la doctrine politique et donc la doctrine du Nomos des pythagoriciens : celles d'harmonie, d'origine divine du droit et de définition mathématique de la justice.

1. L'idée d'harmonie d'abord.

La conception pythagoricienne de la politique est basée sur l'analogie de la politique avec la cosmologie. Le point de départ du raisonnement nous est donné par Aristote lui-même qui énonce ainsi la thèse principale des pythagoriciens : "...ils considèrent que les principes des nombres sont les éléments de tous les êtres et que le ciel tout entier est harmonie et nombre..." (31).

Réfléchissant sur ces déterminations, Hegel constate que les pythagoriciens les réduisent à deux, l'unité et la dyade indéterminée; de ces principes sont engendrés le un et le deux du nombre. Comme l'indique toujours Hegel, "parmi ces principes, la monade est donc le principe actif, la forme...la dyade est la matière passive. Et de même que de ces principes ils font naître les nombres, de même ils en font naître le système du monde et ce qui est en lui" (32).

L'idée, d'inspiration dualiste, est donc ici de définir le réel comme composé d'un indéterminé soumis à une détermination harmonisatrice. L'univers traduit ainsi, dans son fonctionnement et son organisation, un ordre et une harmonie dûs au jeu de la limite, de l'unité suprême, de Dieu.

(30) On se contentera ici de reprendre de manière très synthétique certains des principes de base des théories politiques du pythagorisme. Ceux-ci peuvent être dégagés de l'étude de fragments rapportés à des pythagoriciens des VI^e et V^e siècles avant J.C. (sur les questions chronologiques et de critique des sources, voy. notamment l'excellent ouvrage de A. DELATTE, Essai sur la politique pythagoricienne, Paris, 1922); voy. aussi sur ces théories politiques, E. BARKER, Greek political theory-Plato and his predecessors, 4^e éd., London, 1970, pp.52 et sv.

(31) ARISTOTE, Mét., A, 5, 986 a 3.

(32) G.W. HEGEL, Leçons d'histoire de la philosophie, t.I, La philosophie grecque des origines à Anaxagore, trad. P. Garniron, Paris, 1971, p.90.

Sur base de cette lecture de la Nature, se profile celle de la politique. Le Cosmos va être considéré comme le modèle de la cité dictant d'une part un rapprochement du gouvernement politique et de l'organisation de l'Univers et, d'autre part, une théorie de la Justice-harmonie.

L'idée consiste à penser le fonctionnement de l'Etat de manière à ce qu'il soit accordé dans toutes ses parties selon les lois de l'harmonie. Apparaît ici la fonction de la Loi, objet d'un véritable culte chez les pythagoriciens qui la considèrent comme l'instrument indispensable à l'établissement de l'harmonie dans la cité (33).

Deux idées s'en dégagent, l'une relative au droit naturel, l'autre au gouvernement.

a. A propos de la théorie du droit naturel, un fragment attribué au philosophe Archytas est très explicite : "il faut que la loi soit...conforme à la Nature...la loi serait conforme à la Nature si elle imitait le droit de la Nature : celui-ci est le (droit) proportionnel et ce qui revient à chacun selon sa dignité" (34). Comme le signale M. Delatte en commentant ce fragment, "le

(33) De nombreux fragments rapportés par la tradition traduisent ces principes (cf. sur ceux-ci, voy. notamment les fragments cités par M.A. Delatte dans son ouvrage précité). Sur le rapport de la Loi à l'harmonie, nous citerons cependant ce texte significatif : "La loi est à l'âme et à la vie de l'homme comme l'harmonie est à l'ouïe et à la voix; car la loi enseigne l'âme et organise la vie comme l'harmonie rend l'ouïe savante et fait que la voix s'accorde avec elle" (fragment attribué au philosophe pythagoricien ARCHYTAS et rapporté par STOBEE, Florilegium, 43, 132, in Ioannis Stobaci Anthologium, recensuerunt C. WACHSMUTH et O. HENSE, Berlin, 1958, t.IV-I, 135, p.82). Notons que l'utilisation du langage mathématique pour rendre compte du rapport de la loi avec l'harmonie est aussi une des caractéristiques qui sera relevée ci-dessous. Cette valorisation du rôle de la loi et de son rapport à l'harmonie trouve dans les Discours de Pythagore, publiés par JAMBLIQUE dans sa "Vie de Pythagore", une expression très significative, IAMBlichos, Pythagoras, herausgegeben und übersetzt von M. VON ALBRECHT, Stuttgart-Zurich, 1963, § 45, pp.50-51.

(34) STOBEE, Florilegium, 43, 133A, in C. WACHSMUTH et O. HENSE, op. cit., t.IV-1, 136, p.83.

droit de la Nature qu'invoque (ce texte) n'a rien de commun avec la loi de la Nature d'Antiphon ou de Calliclès, ni avec le droit naturel tel qu'il est formulé par Aristote. La Nature dont il est question ici et qui est gouvernée selon la proportion mathématique est évidemment la Nature de l'Univers. En donnant pour modèle au droit humain une loi universelle, l'auteur se rapproche d'Héraclite; mais il s'en écarte en faisant consister ce principe, non dans la Raison Suprême...mais dans une loi des mathématiques. Cette doctrine est intimement liée à la théorie fondamentale du pythagorisme qui considère l'Univers comme formé de nombres ou de rapports numériques et qui explique le monde moral par les analogies avec le monde physique..." (35).

Ce droit naturel, ou droit proportionnel, dont le modèle est le "patron mathématique" de la proportion harmonique (36), est "un droit dont l'application s'observe dans la Nature, dans (le) Cosmos" (37).

On retrouve donc ici l'idée d'harmonie et la référence du politique au cosmologique : le droit de la Nature est celui que la Divinité applique dans l'organisation de l'Univers et par quoi s'établit et se maintient l'harmonie cosmique et conséquemment la

(35) op.cit., p.92.

(36) Comme on le verra ci-dessous, l'utilisation des lois mathématiques dans la spéculation politique est typique de la pensée pythagoricienne. La définition de la proportion harmonique, opposée aux proportions arithmétique et géométrique et qui sert de modèle à la répartition des droits et obligations conforme au droit proportionnel et à l'harmonie naturelle est définie comme suit par ARCHYTAS dans un fragment rapporté par PORPHYRE (In Ptol. harm., p.267, traduit par A. CHAIGNET, Pythagore et la philosophie pythagoricienne, t.II, Paris, 1873, réimpr. Bruxelles, 1968, pp.282-283 : "Le moyen subcontraire, que nous appelons harmonique, existe lorsque le premier terme dépasse le second d'une fraction de lui-même identique à la fraction de lui-même dont le troisième est dépassé par le second : dans cette proportion le rapport des plus grands termes est plus grand, celui des plus petits, plus petit" (exemple : $\frac{6}{4} = \frac{4}{3}$).

(37) A. DELATTE, op.cit., p.100.

concorde civique (38).

b. Une deuxième idée, consécutive à celles d'harmonie et d'homologie structurale entre la cité et le Cosmos, est la conception pythagoricienne du gouvernement. Le fait pertinent ne nous paraît pas être celui que la forme du gouvernement assurant le respect du droit proportionnel est la forme aristocratique mais bien plutôt la représentation qui est donnée du fonctionnement de la relation de pouvoir.

Un texte attribué à Archytas, déjà cité pour partie (cf. ci-dessus, note 33), éclaire assez bien cette représentation : "la loi est à l'âme et à la vie de l'homme comme l'harmonie est à l'ouïe et à la voix; car la loi enseigne l'âme et organise la vie comme l'harmonie rend l'ouïe savante et fait que la voix s'accorde avec elle. Je dis que toute communauté se compose d'un chef, d'un commandé et de lois. Parmi les lois, l'une est animée, c'est le roi; l'autre est inanimée, c'est l'écrit. La loi est l'élément principal. C'est en effet par l'observation de la loi que le roi est légitime, le magistrat, conforme (à la loi), le commandé, libre et toute la communauté, heureuse. Par sa transgression, un roi devient tyran, un magistrat, "non conforme", le commandé, esclave et toute la communauté, malheureuse. En effet, les actions sont faites de l'entrelacement de trois principes : commander, obéir et maîtriser. Commander est le propre de celui qui est plus fort et meilleur; obéir, de celui qui est plus faible et moins bon; maîtriser appartient aux deux. Ainsi la partie de l'âme qui a de la raison commande, la partie irraisonnable obéit et toutes deux maîtrisent les passions. Car de l'accord de ces deux parties se forme la vertu, et celle-ci, délivrant l'âme des plaisirs et des douleurs, la mène

(38) On peut citer ici, dans ce même ordre d'idées, le discours que PYTHAGORE, à son arrivée dans la ville de Crotona en Grande-Grèce, aurait prononcé à l'adresse des membres du Sénat. Dans ce discours, "Pythagore conseille tout d'abord à ses auditeurs d'élever un temple aux Muses afin d'en obtenir la conservation de la concorde civique. Les Muses, en effet, forment un chœur indissoluble dont l'influence s'étend à tout ce qui constitue et conserve l'accord des esprits, la symphonie, l'harmonie, le rythme, etc... Ce sont elles aussi qui produisent l'harmonie de l'Univers", IAMBlichos, Pythagoras, op.cit., §45, pp.50-51.

au calme et à l'absence de passions" (39).

Ce qu'il faut souligner dans ce passage, c'est l'introduction de la problématique du droit et de la loi dans l'ordre de la raison, et cela à un double niveau.

D'une part, la question posée est celle de la garantie du fonctionnement politique, question résolue par l'instauration du règne de la loi qui trouve son titre dans sa propre rationalité, construite sur le modèle du "principe divin harmonisateur" de la Nature. Ainsi référée à un extérieur qui le fonde, l'ordre de la loi, identifié à celui du rationnel, garantit la rationalité de l'ordre politique.

D'autre part, s'inaugure, en parallèle à cette instauration de la loi, l'ordre du Texte : par sa propre dominance, la loi, comme "Sujet parlant écrit", garantit la vérité du jeu politique.

Un double titre justifie ainsi l'identité Loi-Raison : d'une part la référence à la Nature et à ce qui commande l'harmonie au sein de celle-ci, le divin, le Nombre ou tout autre signifiant mythologique unitaire; d'autre part sa propre structure interne de texte, susceptible d'enrôler la diversité des sujets parlants de la société, à savoir les organes du pouvoir (Roi et magistrat), dont la parole est liée, et les citoyens qui leur doivent obéissance.

Cet enracinement du jeu politique et juridique dans l'ordre de la Raison par le biais de la loi ainsi que l'approche formaliste suggérée par l'identification de cette dernière à un "sujet textuel" sont bien explicités par les deux autres idées qui caractérisent la doctrine du nomos chez les pythagoriciens : celle d'origine divine du droit et de définition mathématique de la Justice.

2. Origine divine du droit.

Un fragment de l'ouvrage d'Aristoxène, confident et admirateur des derniers pythagoriciens de Phlionte, intitulé "Sentences pythagoriciennes", éclaire à suffisance cette idée (40). Nous re-

(39) STOBEE, Florilegium, 43, 132, in C. WACHSMUTH et O. HENSE, op. cit., t. IV-1, 135, p. 82; voy. aussi pour d'autres fragments significatifs, A. DELATTE, op. cit., pp. 172-174.

(40) Ce texte est rapporté par JAMBLIQUE (IAMBlichos, Pythagoros, op. cit., § 174, pp. 174-176).

prendrons ici la synthèse qu'en donne M. Delatte : "La base de la Justice humaine est constituée par la conviction que nous avons que les dieux nous commandent. Le Gouvernement, les Lois, la Justice, le Droit, tous ces principes découlent de l'autorité des dieux. La croyance à l'existence des dieux, à leur providence et à leur surveillance est salutaire. Nous avons besoin de nous sentir dirigés par une autorité à laquelle nous ne puissions résister : or celle de la divinité remplit cette condition, car elle est digne de commander à l'Univers. L'homme est, en effet, un animal porté naturellement aux excès par ses impulsions, ses désirs, ses passions. Il doit sentir au-dessus de lui une autorité et une menace constantes qui mettent en lui de l'ordre et de la raison" (41).

Peut-on trouver passage plus éclairant pour attester le rôle de censure que joue la loi face à la menace constante pour l'ordre politique que constitue le désir?

Dans ce même ordre d'idées se retrouvent ici les thèmes déjà signalés de l'imitation politique de la divinité et du droit naturel, principes sur base desquels les pythagoriciens définiront les qualités nécessaires du magistrat et proclameront l'existence de lois non écrites. Du magistrat, il sera exigé qu'il possède non seulement l'humanité mais aussi la science (42); tandis que des lois non écrites il sera dit qu'elles sont "pères et guides des lois écrites et des décrets imposés aux hommes" (43).

(41) op.cit., p.44.

(42) On peut citer, en effet, un autre fragment du même ouvrage rapporté par STOBEE (Florilegium, 43, 49, in C. WACHSMUTH et O. HENSE, op.cit., t.IV-1, 49, p.15) : "Deux qualités sont requises, en tout premier ordre, des magistrats : l'humanité et la science. En retour, les citoyens doivent non seulement obéir aux magistrats, mais encore les aimer". On ne manquera pas de rapprocher ce passage de nos développements précédents consacrés aux hypothèses de M. Legendre concernant l'amour du censeur.

(43) Cette idée apparaît dans un fragment attribué à ARCHYTAS et rapporté par STOBEE (Florilegium, 43, 129, in C. WACHSMUTH et O. HENSE, op.cit., t. IV-1, 132, p.79) : "Les lois non écrites des dieux, édictant le sort mauvais propre aux mauvaises moeurs et infligeant un dommage à celui qui ne (leur) obéit pas, (sont) pères et guides des lois écrites et des décrets imposés aux hommes".

3. Définition mathématique de la Justice.

Apparaît ici une des caractéristiques les plus significatives de la conception pythagoricienne du politique et du droit : la reconnaissance de l'univers mathématique comme modèle adéquat à la constitution politique et à sa vertu propre, la Justice.

Ce qui ainsi s'établit, c'est l'alignement du discours juridique sur le système clôturé et auto-contrôlé dont le modèle mathématique est porteur. Le système juridique trouve le fondement de son autorité dans sa structure dogmatique et dans la qualité même de sa structuration formelle, elle-même polarisée par le modèle mathématique. La nature mytho-logique de la pensée pythagoricienne trouve là à s'exprimer. La croyance tire son principe du fondement logique où se détermine la structure formelle du discours sur le juste.

Comme le constate M. Legendre lorsqu'il souligne "l'étroite relation qui unit la Règle laïque à son modèle religieux" (44), il importe de saisir la profonde continuité avec l'état antérieur qui sous-tend la laïcisation progressive dont la lecture du nomos est l'objet et qui apparaît dès l'aube de la pensée philosophique. L'interpénétration étroite de la double référence, logicienne et divine, mytho-logique, chez les pythagoriciens est significative à cet égard (rappelons à ce propos l'exigence de la "science" dans le chef des magistrats -la fondation en vérité et en raison de l'ordre du Texte n'est pas loin).

Différents fragments attribués à des pythagoriciens et rapportés par une doxographie sporadique explicitent cette utilisation des sciences mathématiques et cosmologiques pour la solution des questions de la théorie politique (45).

(44) L'amour du censeur, op.cit., p.204.

(45) On renvoie ici, notamment, à l'ouvrage précité de A. DELATTE, pp. 59-70. Ces fragments, pour la plupart, donnent de la Justice une définition mathématique. Ainsi, la Justice est définie comme le premier nombre produit de deux facteurs égaux, soit pour certains 4 (carré du premier nombre pair), soit pour d'autres 9 (carré du premier nombre impair). Elle est aussi parfois identifiée au nombre 8 parce qu'il est le premier nombre dont la décomposition en facteurs donne un nombre pair pris un nombre de fois pair, c'est-à-dire deux fois quatre, de telle façon que le plus grand facteur, décomposé à son tour, donne lui aussi un nombre pair pris un nombre de fois pair et égal à ce nombre, c'est-à-dire deux fois deux (A. DELATTE, op.cit., p.67).

Nous n'en citerons qu'un seul que nous jugeons plus significatif. Ce fragment est rapporté par Jamblique dans sa "Vie de Pythagore" (IAMBlichOS, Pythagoras, op.cit., § 130-131, pp.134-145) : "(Pythagore) disposa les trois lignes des constitutions se touchant les unes les autres à leurs extrémités et formant un angle droit : l'une ayant la nature de l'épitríte, une autre étant la racine de cinq (plus) autant, la dernière tenant le milieu entre les deux premières. Lorsque nous considérons les rencontres des lignes et celles des carrés qu'on peut former en les prenant pour côtés, la plus parfaite image d'une constitution se trouve esquissée..." (la figure qui est ici décrite est celle d'un triangle rectangle dont les côtés de l'angle droit ont, comme longueur, trois et quatre unités et dont l'hypothénuse a cinq unités).

Dans son commentaire du fragment, M. Delatte, considérant que "ce n'est pas pour le seul plaisir...de ramener les abstractions du monde moral à des principes mathématiques que les philosophes établissent des analogies ou des identifications avec des nombres ou des figures géométriques", énonce, sur base de Jamblique, trois raisons pour lesquelles le triangle susdéfini est présenté comme l'image parfaite de l'Etat (46).

D'abord le carré de l'hypothénuse est égal à la somme des carrés des deux autres côtés, ce qui constitue le symbole de la Justice (47). Ensuite, l'angle droit est un symbole d'union et d'égalité. Enfin, le symbolisme du triangle considéré exprime la "théorie de l'accordement" des éléments de l'Etat (on retrouve ici la théorie de l'harmonie) en tant qu'il existe un rapport harmonique épitríte

(46) op.cit., p.62.

(47) Ce symbolisme est explicité par un autre fragment (IAMBlichOS, Pythagoras, op.cit., § 179, pp.180-181) : "voulant démontrer que dans des éléments inégaux, incommensurables et infinis, la Justice est définie, égale et qu'elle applique une commune mesure et voulant enseigner comment il faut pratiquer (cette vertu), Pythagore dit qu'elle ressemble à cette figure géométrique qui, seule, conserve égale les démonstrations du carré alors que les dispositions de ses formes varient à l'infini, et que celles-ci sont arrangées de façon dissemblables les unes à l'égard des autres".

entre les deux côtés de l'angle droit.

Cette dernière raison se comprend encore mieux lorsqu'on essaie de dégager la signification imagée attribuée aux côtés du triangle. M. Delatte, sur base d'un texte de Plutarque (De Iside, 56) et de textes pythagoriciens faisant de l'organisation du Cosmos le modèle politique, établit ces significations comme suit : les deux côtés de l'angle droit représentent les magistrats et les citoyens, quant à l'hypothénuse, elle figure les lois. L'ensemble du symbolisme se trouve ainsi explicité : "les lignes de trois et de quatre unités, se trouvant dans un rapport harmonique épitrite, forment par leur rencontre un angle droit, auquel est opposée une hypothénuse de cinq unités. Le carré de l'hypothénuse est égal à la somme des carrés des deux autres côtés, l'angle droit à la somme des deux angles aigus. Ce triangle est le type de ceux où l'hypothénuse est rationnelle (☒) par rapport aux côtés de l'angle droit. Les magistrats et les simples citoyens, vivant en harmonie, sont unis par la Justice et l'Égalité, dont la base est constituée par l'obéissance à la Loi. Celle-ci est égale en puissance aux deux groupes de la communauté et ses rapports avec eux doivent être nettement définis" (48).

(☒) C'est nous qui soulignons.

(48) op.cit., p.65. Remarquons au passage et sans vouloir établir des analogies qui gommeraient ce qu'a de spécifique et de situé la pensée pythagoricienne, combien cette dernière traduit, par cette référence mathématique, une profonde modernité. Sur ce point on a déjà signalé l'importance contemporaine de l'idéologie logicienne dans le droit; mais que l'on songe aussi à l'importance croissante des instruments d'analyse hérités de la théorie statistique ou de la théorie des jeux.

§ 2. La crise sophistique et la résurgence du fondement.

La réflexion sur la loi ne devait point s'en tenir là. Comme l'indique très lucidement Mme J. de Romilly, "après l'âge des fiertés candides devait venir celui des justifications rationnelles" (49).

C'est ce glissement, entrecoupé de la contestation sophistique, qu'il importe maintenant de rapidement esquisser, pour mieux situer l'avènement de la pensée aristotélicienne.

On a vu comment, avec l'avènement de la cité, la question politique s'était définie par référence à celle de la loi et combien l'horizon théorique de la justice était celui d'une fondation de l'ordre du Texte dans l'ordre cosmique moyennant les modalités qu'on a indiquées ci-dessus.

Avec le développement de la cité démocratique, cependant, vont apparaître les premiers signes d'une crise de la loi qui se répercutera au plan théorique. Emerge, en effet, une lecture de la loi qui s'affranchit de son inscription dans l'ordre harmonique de la nature.

Cette crise de la loi, comme de nombreux auteurs l'on fait remarquer, est liée aux conditions mêmes de sa naissance. Le "droit de la loi" se caractérise, en effet, comme ne trouvant sa garantie dans aucun législateur par lui-même signifiant. Il ne tire sa validité que du fait qu'il est validé, ratifié par l'assemblée délibératrice. Le Thesmoi de Solon, s'il dénote l'avènement de l'ordre de la loi, offre un garant incertain. Avec le nomos démocratique, la question de l'absence de garantie devient plus aiguë. La question de la précarité de la loi se pose.

Si à cette question, qui sous-tend le débat intellectuel de la Grèce du V^e siècle, il sera provisoirement donné en réponse la garantie des lois non-écrites, essentiellement d'origine divine (cf. l'Antigone de Sophocle), la brèche ouverte par la laïcisation du nomos s'ouvrira de plus en plus, notamment du fait des avatars de la politique athénienne culminant symboliquement dans le procès et la mise à mort de Socrate.

(49) op.cit., p.114.

Cette conscience de l'absence de tout référant dans le nomos apparaît déjà, quoique timidement, chez Hérodote. Sans en tirer les conséquences sur le plan d'une critique de la loi, Hérodote, sur base de l'étude des moeurs de divers peuples, constate et affirme la relativité des nomoi (50).

Par la suite, cependant, la constatation de cette relativité s'intègre, avec les sophistes, dans un cadre théorique où est posée l'opposition de la loi à la nature et d'où procédera la mise en cause de la validité de la loi. Se constituent ainsi, avec le courant sophistique, les principes d'une lecture théorique du droit qui remettent en question ce que M. Châtelet a appelé "l'idéologie de la cité grecque" (51) et le principe de celle-ci à savoir la validité intrinsèque de l'ordre de la loi conçue comme principe d'intelligibilité fondant la légitimité de la domination (52).

L'opposition théorique qui émerge ainsi entre nomos et phusis est pour la première fois appliquée au droit et à la morale par le philosophe Archélaos, semble-t-il (53). Mme de Romilly, notamment, lui attribue la formule suivant laquelle "le juste et le honteux ne le sont pas par nature, mais d'après le nomos" (54).

- (50) V. GOLDSCHMIDT (La doctrine d'Epicure et le droit, Paris, 1977, p.127) note à ce propos que dans le relevé des diverses coutumes divergentes "il serait sans doute excessif de reconnaître déjà une ambition ethnographique : on s'attache surtout à des usages qui pouvaient paraître bizarres et choquants pour un Grec et qui devaient illustrer surtout le parfait arbitraire du nomos (dans sa quadruple acception de coutume, loi, tradition, convention)".
- (51) In Histoire des idéologies : Les mondes divins jusqu'au 8^e siècle de notre ère, Paris, 1978, p.159.
- (52) M. Châtelet signale que sur base de cette représentation idéologique on ne peut accepter "d'autre domination que celle d'un principe abstrait et public, pleinement intelligible : la loi, le nomos" (op.cit., p.163).
- (53) Voy. pour les références supra, notes 23 et 24 (voy. spécialement in F. HEINIMANN, op.cit., le point III "Die sophistische Antithese Nomos-Physis", pp.110-163); remarquons avec M. Goldschmidt que M. Untersteiner (The Sophists, trad. anglaise, Oxford, 1954, p.281, note 39) souligne au contraire que l'opposition entre la permanence et l'universalité de la phusis et l'arbitraire du nomos aurait été formulée la première fois par HIPPIAS (op.cit., p.128, note 11).
- (54) op.cit., p.75, note 4.

Cette opposition, reprise par les sophistes Antiphon, Hippias et Thrasymaque, va consister essentiellement à affirmer le caractère conventionnel de la loi et à en déduire certaines conséquences. Ainsi, Antiphon considère que "...ce qui est de la loi est accident, ce qui est de la nature est nécessité; ce qui est de la loi est établi par convention et ne se produit pas de soi-même; ce qui est de la nature ne résulte pas d'une convention, mais se produit de soi-même" (55).

Ce mouvement théorique aboutit, avec Thrasymaque et Calliclès surtout, à dégager l'arbitraire de la loi et même à en contester la valeur intrinsèque. Ainsi, par un mouvement naturel, de l'idée de convention, on glisse à celle de convention sans valeur.

Calliclès apparaît, de ce fait, comme le terme d'une évolution : il utilise la distinction théorique loi-nature pour développer un sentiment de révolte et de mépris contre la loi au nom même de ce qu'il appelle le droit de la nature, à la différence des premiers sophistes (56).

Ainsi, la mise en lumière par les sophistes de la spécificité de la loi juridique, à savoir sa nature conventionnelle, par opposé à celle de la loi scientifique qui traduit l'ordre de la nécessité propre à la causalité naturelle, amorce une crise politique et morale : "...en cette fin du Vè siècle, la loi dont les grecs s'étaient d'abord réclamés avec tant de fierté, semblait brusquement devenue caduque. Ne se couvrant d'aucun absolu divin, elle n'avait résisté ni à la crise politique ni à la crise intellectuelle, ni

(55) cité par J. de Rommily, op.cit., p.81.

(56) Nous laissons ici ouverte la double question de savoir si, d'une part, Calliclès peut être considéré, ainsi que Nietzsche le croyait, comme sophiste et si, d'autre part, le personnage mis en scène par Platon a réellement existé. L'important est de percevoir la signification qu'il revêt dans l'évolution de la crise de la loi. On peut citer, à cet effet, ce passage de Platon dans le Gorgias (484a) où se trouve exposée la doctrine de Calliclès et, par là même, traduit la crise de la loi et "l'amoralisme qui lui est lié" : "Mais qu'il se rencontre un homme assez heureusement doué pour secouer, briser, rejeter, toutes ces chaînes, je suis sûr que, foulant aux pieds nos écrits, nos sortilèges, nos incantations, nos lois toutes contraires à la nature, il se révolterait, se dresserait en maître devant nous, lui qui était notre esclave, et qu'alors brillerait de tout son éclat le droit de la nature".

surtout à la combinaison des deux" (57).

C'est sur cette base que va se réamorcer, au IV^e siècle, une nouvelle lecture du droit et de la loi. Tout en réaffirmant la validité de l'ordre de la loi et en rompant avec les conséquences tirées des positions sophistiques, la nouvelle pensée de la loi va laïciser le socle dont le droit tire ses titres de validité. Cette laïcisation va s'exprimer dans l'association du logos et du nomos, de la raison et de la loi. Ce couple, qui définira, sous des formes variées, toute la théorie occidentale du droit, trouve ici ses racines.

C'est Socrate qui, comme le souligne M. Villey, "semble avoir...pour la première fois tenté de fonder rationnellement (en réponse à la crise sceptique de la sophistique) l'autorité des règles de droit" (58). C'est cependant dans "l'oraison funèbre" de Lysias qu'apparaît explicitement le parallélisme entre nomos et logos (59). L'important, pour nous, est de relever à la fois la reprise d'une problématique ancienne (la quête d'une garantie de la loi) et cette amorce d'une conceptualisation nouvelle.

Mme de Romilly a fait l'historique des textes, à travers, notamment, ceux d'Isocrate, où apparaît l'idée de la loi conçue comme fille de la parole et, par là même, fille de la raison (60).

La philosophie du droit, née à cette époque, construit donc la liaison raison-droit.

Platon, disciple de Socrate, va s'y employer, comme on le sait, en intégrant la problématique du nomos au cadre du logos,

(57) J. de ROMILLY, op.cit., p.114.

(58) M. VILLEY, La formation de la pensée juridique moderne, Paris, 1975, nouvelle édition corrigée, pp.19-20.

(59) J. de ROMILLY, op.cit., p.173.

(60) Cette idée est importante; on la retrouvera dans un courant dominant de la philosophie du droit qui définit la rationalité du discours juridique par la structure dialectique de celui-ci.

du nous (61). Notre propos n'est pas de développer la philosophie platonicienne du droit; l'identification nous-nomos est bien connue (62) et sera, par ailleurs, reprise dans la suite sous des formes variées (63). Remarquons simplement que, par l'intermédiaire de

(61) On peut citer deux passages significatifs de Platon : le premier (Lois, livre I, 645a) où Platon définit la force qui doit guider l'homme comme "la commande d'or, la sainte commande de la raison (logismou), que l'on nomme loi commune de la cité (nomos); le second, où Platon (Lois, livre IV, 713e-714a), considérant que le fonctionnement de la cité des hommes doit imiter le temps de Cronos où les cités étaient gouvernées par une main divine, signale qu'à cette fin il faut "obéir à tout ce qu'il y a en nous de principes immortels pour y conformer notre vie publique et privée, administrer d'après eux nos maisons et nos cités, donnant à cette dispensation de la raison (nous) le nom de loi (nomos)" (traduction par E. des PLACES et A. DIES, coll. des Universités de France publiée sous le patronnage de l'Ass. G. Budé, Paris, 1951 (livre I-VI) et 1956 (livre VII-X)).

(62) La formule par trop lapidaire, ne doit point faire méconnaître la complexité de la pensée platonicienne sur cette question. On sait que le point de départ de Platon était la question politique et, dans ce cadre, le problème du juste (question centrale de la pensée grecque). Sa réflexion sur la justice, si elle a pour origine la crise de la loi qu'inaugure la critique sophistique, commence néanmoins par remettre en cause la doctrine, grecque par excellence, du primat de la loi et le rapport de celle-ci avec la justice et la fin de l'Etat. Platon, en effet, dans un premier temps (cf. ses ouvrages, République, Politique), développe sa réflexion sur la justice et la cité sur un plan qui aboutit à éluder le passage par la loi dans le gouvernement de la cité et la réalisation de la justice : dans une cité dirigée par le roi-philosophe, disposant de la Science du Bien, la loi n'apparaît plus comme le principe du gouvernement; ce dernier est constitué par la science et celui qui en dispose, le roi-philosophe. On rappellera, dans le même ordre d'idées, ce passage célèbre du dialogue sur le Politique où Platon développe les arguments à l'appui de la thèse selon laquelle le gouvernement par la loi ne vaut pas celui fondé sur la science du Bien.

Dans un deuxième temps, cependant, qui correspond essentiellement à l'ouvrage intitulé Lois, Platon rétablit l'autorité des lois dont le caractère accessoire n'est point nié dans l'ordre de la cité du roi-philosophe mais dont la nécessité est affirmée au plan de la cité humaine, dont l'organisation doit être établie sur le modèle de la cité du roi-philosophe et donc, par référence, à cette science du Bien. Sur cette base, Platon va définir le cadre dans lequel les lois doivent être pensées, mais aussi, parallèlement, va rétablir le primat de la loi, à un point même rarement atteint chez les autres théoriciens de la Grèce classique. Ainsi que le signale Mme de Romilly, "Platon

Platon, le problème du fondement est redéfini : la loi, ordre de la cité, trouve son assise et son fondement dans la raison.

Tel est le cadre de pensée dont hérite Aristote qui, comme nous allons le voir, assumera de manière particulièrement complexe et subtile cette fondation du droit dans l'ordre de la raison.

L'histoire de la pensée grecque de la loi, allant d'une conception mythologique à une lecture rationaliste traduit ainsi à la fois des ruptures, signes d'une laïcisation progressive de la pensée, et une continuité qui est la nécessité ressentie d'articuler la théorie de la loi à un signifiant unitaire qui en garantisse la validité et la cohérence. Cette dernière dimension se trouve bien figurée, d'abord par le terme de *Dikè* où la loi est inscrite dans l'ordre de la nécessité naturelle, ensuite par l'exemple pris de la pensée pythagoricienne qui réinscrit la loi dans les harmoniques

(62, suite) qui semblait dans le Politique avoir porté contre la loi la condamnation la plus sévère, se révèle en définitive, comme celui qui a poussé le plus loin l'affirmation de ses privilèges" (op.cit., p.199).

Différents passages des Lois attestent ce rôle privilégié de "signifiant maître" reconnu à la loi,; citons en deux : "Si nous disons cela, c'est dans l'intention de ne donner les charges de ta cité ni à la richesse ni à aucun avantage de ce genre, force, taille ou naissance; mais quiconque obéit le mieux aux lois établies et remporte cette victoire-là dans la cité, c'est à celui-là, déclarons-nous, qu'il faut remettre aussi le service des dieux, la première charge à qui arrive le premier, la seconde au concurrent qui se classe le second et ainsi de suite, proportionnellement, pour les autres postes à départir" (Lois, IV, 715c); et "si j'ai appelé serviteurs des lois ceux que l'on nomme aujourd'hui gouvernants, ce n'est pas pour le plaisir de forger des termes nouveaux; c'est qu'à mon avis de cela dépend, plus que de tout le reste, le salut de la cité ou sa ruine. Que dans une cité la loi soit assujettie et sans force, et je vois sa perte toute proche; mais où elle règne sur les chefs et où les chefs se font les esclaves des lois, c'est le salut que je vois arriver là, et, avec lui, tous les biens que les dieux accordent aux cités".

(Lois, IV, 715c-715d, trad. E. des PLACES et A. DIES, op.cit.). Enracinée dans la Science du Bien et dans le socle de la Raison, le règne de la loi retrouve ainsi le titre de sa souveraineté passée.

(63) Voy. sur ceci, C. ANDRESEN, Logos und Nomos, Berlin, 1955, passim.

assurées par le jeu de la "limite" et traduisibles dans le langage mathématique et, enfin, par la réaction à la pensée sophistique qui avait dissocié le nomos de l'ordre nécessaire de la nature, c'est-à-dire par l'identification du nomos et du nous chez Platon.

L'ordre de la loi est ainsi à la fois validé et sa cohérence assurée par la référence à un ordre cosmique pensé comme nécessaire et progressivement mathématisable (64).

Quel que soit le caractère arbitraire des ruptures que traduirait, dans l'histoire de la pensée de la loi, un auteur particulier, Mme de Romilly, en faisant de Platon le terme d'une période de cette pensée a bien pressenti ce que signifiait d'original la conception aristotélicienne du droit.

Avec le Stagirite, en effet, se construit une réflexion qui, en rejetant la théorie platonicienne des Idées, va radicaliser la séparation du divin et du sublunaire et, par là, jeter les bases d'une réflexion qui dévoilera le caractère inachevable du juste, parallèle du caractère inachevable d'une science de l'être comme être. La métaphysique d'Aristote, d'être une métaphysique de la scission, paraît commander une lecture qui s'affranchit des références divines et unitaires qui déterminent traditionnellement les lectures fondationnelles du droit.

Témoigne, chez Aristote, de cette perspective démystifiante, l'affranchissement radical de la rationalité juridique par rapport à la rationalité mathématique et à l'emprise du raisonnement démonstratif : la contingence même de l'être sublunaire, signe de la dégradation de celui-ci par rapport au divin, condamne la détermination du juste à ne point être affaire de science.

Tel est certainement un des versants de la philosophie aristotélicienne, trop souvent méconnu dans la mesure où la tradition exégétique a livré du Stagirite une image par trop systématisante. Mais cette dimension n'épuise point la théorie du droit d'Aristote.

(64) Signalons à cet égard la constatation faite par M. Goldschmidt (op.cit., p.73) selon laquelle dans les Lois (notamment V, 737, et sv.), le problème de la Justice est lié au "mathématisme (pythagorisant) du philosophe".

Une ambivalence fondamentale, comme nous le verrons, caractérise cette philosophie qui définit un nouveau rapport du sublunaire au divin et, par là, une nouvelle lecture mythologique du droit : c'est dans la dispersion que se régènera l'unité, dans le mouvement, l'immutabilité et dans la contradiction, la cohérence.

Aristote décèlera, dans la tension qui habite le réel sensible, dans le désir dont cette tension est la marque, le lieu d'une restauration de l'unité fondatrice, la voie d'un nouvel ancrage dans le divin. C'est dans les conséquences mêmes de la séparation que l'on retrouvera les moyens de combler le vide ou de faire comme si le vide pouvait être comblé.

Par là se réinsèrera la référence mythologique du discours juridique qui se repèrera dans une articulation conceptuelle qui, plus que toute autre pensée, aura tenté d'affranchir le droit de sa tutelle divine traditionnelle pour, cependant, réintégrer le garant fondateur dans une association du désir et de la raison. Le discours sur le juste, à défaut de disposer de la rigueur que lui assurerait son inféodation à l'ordre démonstratif, fonctionnera dans l'orbite d'une cohérence qu'ordonne le désir du divin. Cet ordre du "comme si" (faire "comme si" la finitude pouvait se récupérer) et son soubassement dans le désir trouveront cependant, pour le Stagirite, leur inscription dans l'ordre même de l'être et dans la tension qui anime le sublunaire : la référence unitaire se trouve ainsi ontologisée : le chemin mythologique est réouvert.

La lecture aristotélicienne du droit réarticulera subtilement, à travers des concepts particuliers et une démarche que nous allons suivre, l'horizon de vérité qui assure dans la théorie le socle fondateur qui toujours alimente la croyance où se perpétue et s'assure l'assujettissement à la loi.

C'est cette double dimension (démythologisation et remythologisation) qu'il nous faudra expliciter.

Non expressément présente dans les quelques textes du Stagirite consacrés au juste politique, cette homologie de pensée n'apparaîtra qu'au fil des voies détournées de la métaphysique.

Pour expliciter d'entrée de jeu l'ambivalence relevée ci-dessus, nous commencerons par reproduire l'analyse que M. C. Casto-

riadis a faite de la conception aristotélicienne de la technè (activité productrice).

Se reflète dans cette analyse, sur un plan plus étroit, la même ambivalence que nous constaterons dans l'approche du droit. Le caractère exemplatif de cette lecture, par rapport à notre propre hypothèse, justifie donc la place introductive que nous donnons à cette analyse, qui, a priori, pourrait sembler extérieure à la philosophie du droit d'Aristote (65).

(65) Les textes d'Aristote seront cités, sauf mention contraire, dans la traduction qu'en ont faite J. Tricot (Bibliothèque des textes philosophiques) pour la Métaphysique (nouvelle édition, Paris, 1953), la Politique (réimpr. Paris, 1970), le De Coelo (Paris, 1949), les Seconds Analytiques (Organon, vol. IV, Paris, 1938), R.A. GAUTHIER et J.Y. JOLIF pour L'Éthique à Nicomaque (2^e éd., Paris-Louvain, 1970), M. DUFOUR (collection des Universités de France publiée sous le patronage de l'Ass. G. Budé) pour la Rhétorique (Paris, 1932) et P. LOUIS (ibidem) pour le De Partibus Animalium (Paris, 1956).

Section 2. La théorie aristotélicienne du droit : du caractère inachevable du discours juridique au présupposé de sa clôture.

Pour Aristote, on le sait, la technè est définie comme un "état habituel raisonné qui dirige la production" (66) : elle est une hexis (disposition permanente acquise) poiètikè (créatrice) méta logou alèthous (accompagnée de raison vraie), comme le note M. Castoriadis (67). A côté du savoir qui porte sur le nécessaire (science), Aristote définit ainsi le domaine du "faire" (qui porte sur ce qui peut être autrement), au sein duquel il distingue celui de l'art (technè) et celui de l'action (praxis), qui se réfèrent à deux dispositions spécifiques, la disposition pratique et la disposition poétique (cf. infra, sur ces distinctions cardinales pour la théorie aristotélicienne du droit).

Ainsi la technè, à l'instar de la praxis, a pour domaine le champ du contingent, de ce qui peut être autrement, mais à la différence de la praxis, "la production a...une fin différente d'elle-même, tandis que l'action n'en a pas; car c'est l'action heureuse elle-même qui est fin" (68) : la technè a pour fin une oeuvre, un produit.

Le domaine de l'art est donc celui du faire humain créateur:

(66) Eth. Nic., VI, 4, 1140 a 6.

(67) C. CASTORIADIS, "Technique" in Les carrefours du labyrinthe, Paris, 1978, p.224 ; remarquons que cet auteur, contrairement à l'usage, traduit technè par "technique" et non par "art". Sur cette question de traduction, un des interprètes les plus autorisés, M.R.A. Gauthier (op.cit., t.II, 2, p.456), signale d'ailleurs : "Si l'usage universel ne faisait pas une loi de traduire technè par art, il serait assurément préférable de le traduire par "technique" ou par "métier"; le problème que pose l'art à Aristote est en effet exclusivement le problème de la production et de ses rapports avec l'action morale...".

(68) Eth. Nic., VI, 5, 1140 b 6-7.

il "a pour objet de faire venir quelque chose à l'existence et le fin mot de l'art consiste à découvrir les moyens de faire venir à l'existence l'une ou l'autre des choses qui peuvent être ou ne pas être, et dont le principe réside dans le producteur et non dans la chose produite. Car l'art n'a pour objet ni les choses qui sont ou viennent à l'existence nécessairement, ni les choses qui sont ou viennent à l'existence par nature, car ces choses-là ont leur principe en elles-mêmes" (69).

Se trouve ainsi posée une différence qui entraîne la reconnaissance d'un faire-créateur; cette différence, cependant, sera pensée dans l'horizon de l'imitation (mimesis).

Aristote signale, en effet, dans un passage célèbre, que "l'art imite la nature", ajoutant aussitôt qu'il "achève ce qu'elle n'a pu mener à bien" (70). Comme l'indique précisément M.P. Aubenque (71), "ces deux membres de phrases ne s'opposent pas mais se complètent. Imiter la nature, ce n'est pas la redoubler inutilement mais suppléer à ses défaillances, l'achever vers elle-même, non pas même l'humaniser, mais simplement la naturaliser. Imiter la nature, c'est rendre la nature plus naturelle, c'est-à-dire s'efforcer de combler la scission qui la sépare d'elle-même, de sa propre essence ou idée. En termes plus clairs, c'est utiliser la contingence contre elle-même pour la régulariser, pour faire en sorte que la nature du monde sublunaire imite, malgré sa contingence, l'ordre qui règne dans le ciel".

C'est cette insertion de la technè dans le cadre de la mimesis que M. Castoriadis désigne comme caractéristique de la théorie aristotélicienne de la technè et signe du caractère ambigu et

(69) Eth. Nic., VI, 4, 1140 a 10-16.

(70) Phys., II, 8, 199 a 15-17; J.M. LE BLOND (Logique et Méthode chez Aristote, 2è éd., Paris, 1970, p.328) montre très bien comment, pour Aristote, ce fait de l'imitation explique la parallélisme constaté entre la nature et l'art, entre les procédés de l'une et ceux de l'autre.

(71) Le problème de l'être chez Aristote, 4è éd., Paris, 1977, pp. 498-499.

énigmatique qui marque l'idée de création ainsi conçue. Si, dans cette théorie, le faire-créateur présuppose à la fois le fait de la contingence (le monde n'est pas épuisé par l'ananké) et celui du logos alèthès (vraie raison), ces deux présupposés sont en rapport complémentaire; c'est le logos alèthès qui détermine le "ce-que" et le "pour-quoi", c'est-à-dire qui perçoit qu'une chose pourrait être ou ne pas être, mais aussi qui "permet à l'agir qu'il éclaire de poser dans le rapport approprié...les antécédants et les conséquents dont il trouve dans la phusis le modèle à la fois général et spécifique de la production considérée" (72).

La conséquence en est, remarque M. Castoriadis, qu'une telle lecture de la technè aboutit à ce qu'il appelle la "tautologie canonique et vide de la philosophie traditionnelle : le nouveau n'est qu'actualisation d'un possible donné d'emblée avec l'être" (73). Pour M. Castoriadis, "ce qui ici empêche de voir, c'est l'eidos platonicien, le paradigme éternel nécessaire de tout ce qui pourra jamais être, et sa conséquence, la mimésis. Ce que la technique amène à être dans les cas décisifs, n'est pas une imitation ou une reprise d'un modèle naturel... : c'est quelque chose qui, par rapport à la nature,

(72) C. CASTORIADIS, "Technique", loc.cit., p.225. Bien que l'expression laisse croire à une interprétation platonicienne du concept aristotélicien d'imitation, sa portée est tout à fait conforme à l'interprétation que M. Aubenque donne de ce concept chez Aristote : "L'imitation aristotélicienne n'est pas une relation descendante de modèle à copie comme l'était l'imitation platonicienne, mais une relation ascendante par laquelle l'être inférieur s'efforce de réaliser, avec les moyens dont il dispose, un peu de la perfection qu'il aperçoit dans le terme supérieur et que celui-ci n'a pu faire descendre jusqu'à lui" (P. AUBENQUE, op.cit., p.498). Le même auteur signale encore que, dans cette perspective, "l'idéal technique d'Aristote, idéal qu'il sait irréalizable, mais qui doit servir de principe régulateur aux recherches et aux actions partielles, est, dans toute la rigueur du terme, celui de l'automatisme : non qu'il y voie d'abord un moyen d'atténuer la peine des hommes, mais parce que le fait de se mouvoir soi-même est, par sa circularité, qui rend inutile tout moteur distinct du mobile, l'imitation la plus haute de la motion immobile de Dieu" (op.cit., p.499).

(73) "Technique", loc.cit., p.230.

est arbitraire". En effet, remarque-t-il enfin, la création technique, élément essentiel "de la création, par chaque société, de ce qui, pour elle, est réel-rationnel, par quoi nous entendons ce qu'elle pose comme s'imposant à elle", fait apparaître un élément essentiel qui est celui de "l'indétermination des fins" : s'il est vrai qu'il y a des solutions techniques obligatoires, "il est tout aussi essentiel d'observer qu'il n'y a pas pour l'homme de problèmes obligatoires... Il n'y a pas un ou quelques problèmes de l'homme définis une fois pour toutes, et auxquels il apporterait, au cours des âges, des solutions "obligatoires" ou progressivement améliorées"; le ce-que et le pour-quoi, non déterminés, ne se réfèrent ainsi nullement à la phusis.

Pourquoi ce détour par le problème de la technè chez le Stagirite? Comme nous l'avons déjà dit, ce qui, ici, est montré de façon claire par M. Castoriadis fonctionne de la même manière, quoique de façon plus complexe, dans l'étude qu'Aristote fait du phénomène juridique.

Ainsi, ce qui nous importe c'est la mise en lumière du cadre à l'intérieur duquel est pensé le faire-créateur : celui-ci, après la reconnaissance de sa différence avec l'ordre du nécessaire, est réinséré dans un cadre-limite, celui de l'imitation, qui "fonde" en nature (74) ce qui n'est que création sociale-historique. Il y a là comme un bornage de l'activité étudiée, comme un relevé de ce qui définit le flux qui commande cet agir et comme une fondation de ce principe recteur.

C'est ce même mécanisme théorique qui est à l'oeuvre dans l'étude du droit que nous propose le Stagirite, avec cependant une richesse qui traduit la valeur insigne et souvent méconnue, parce que travestie, des réflexions du Philosophe sur cette question. Trop souvent, en effet, les relations qui nous sont données de la théorie aristotélicienne du droit réduisent la tension interne qui anime la pensée du Stagirite, tant il est vrai que s'il reclôt en définitive l'espace du juridique, son premier souci est de le sortir de

(74) voy. sur ceci C. CASTORIADIS, "Valeur, égalité, Justice, Politique, De Marx à Aristote et d'Aristote à nous" in Les carrefours du labyrinthe, Paris, 1978, p.374.

l'enfermement auquel l'avait condamné, quoique de manière différente, la tradition qui aboutit à Platon (75).

La lecture qu'Aristote fait du droit, on l'a déjà signalé, ne peut se comprendre que resituée dans le cadre général de sa pensée : ce n'est que dans cette perspective que les concepts qui définissent cette lecture prennent leur sens. Ainsi, le livre V de l'Ethique à Nicomaque, où les auteurs s'accordent à trouver le siège de la matière, est indissociablement lié à la recherche dont se nourrissent les écrits de la Métaphysique du Stagirite.

C'est, notamment, pour avoir méconnu cette nécessaire liaison que nombre de théoriciens du droit ont restitué des versions simplifiées, réductrices et tronquées de la conception aristotélicienne du droit.

Cela explique que, dans un premier temps, nous tentions de cerner ce cadre général de la philosophie aristotélicienne qui est à la base de l'approche du droit (§ 1), pour, ensuite dans une seconde étape, définir cette dernière à travers les concepts qui la configurent (§ 2).

§ 1. La référence métaphysique de la théorie aristotélicienne du droit.

Notre propos n'est pas de retracer le problème métaphysique tel qu'analysé par le Stagirite. Il s'agit, simplement, d'en cerner la structure dialectique et, en quelque sorte, inachevable, à partir d'une de ses articulations fondamentales, celle du rapport entre le divin et le sensible.

- (75) Cette constatation explique qu'on ne peut qu'applaudir à la double réévaluation de cette pensée, trop méconnue par les juristes, opérée, sur des points différents et avec une intensité différente, par les recherches notamment de MM. M. Villey et C. Perelman (même si, comme nous le verrons ci-dessous, nous divergeons sur certains points, de l'interprétation que donne M. Villey de la pensée du Stagirite).

C'est en effet, croyons-nous, dans la manière dont Aristote pense ce rapport que gît et s'explique l'ambivalence fondamentale que nous décelerons dans sa conception du droit, laquelle comporte à la fois une lecture non systématisante du juridique (de par le caractère non achevable de la détermination du juste) et la restauration d'un présupposé systémique.

L'analyse de ce rapport nous permettra, en effet, d'interpréter la philosophie du droit d'Aristote comme irréductible au schéma dogmatique auquel la tradition théorique l'a généralement réduit par le biais d'un iusnaturalisme naïf. Mais, parallèlement, cette même analyse nous fournira le matériau à l'aide duquel repérer comment se réinstaure chez le Stagirite une pensée fondationnelle sur le droit, où s'inscrit le caractère mythologique de la rationalité juridique. Cela justifie le long détour qui va suivre.

L'analyse de ce rapport se fera en deux étapes.

Dans un premier temps, nous le présenterons à travers la question de l'articulation et des relations entre les différentes parties constitutives de ce savoir qui prendra nom de Métaphysique (A).

Dans un second temps, nous analyserons plus spécifiquement le rapport du divin au sensible sous sa double forme de rapport de séparation (B) et d'imitation (C).

A. Le projet d'une science de l'être et la question du savoir.

En affirmant au début du livre l'existence d'une science qui étudie l'être en tant qu'être et les attributs qui lui appartiennent essentiellement (76), Aristote entendait donner droit de cité, dans le champ du savoir, à une science non encore reconnue et, par là, remettre en cause la division traditionnelle du savoir qui départageait généralement le savoir spéculatif en dialectique, physique et moral.

Cette tentative, on le sait, n'eut guère de succès au sens où la métaphysique comme telle ne réapparut dans la tradition philo-

(76) Mét., I, 1, 1003 a 21.

sophique occidentale qu'avec le renouveau néo-platonicien et, ensuite, avec la renaissance scolastique des XIII^e et XIV^e siècles. Ce long "oubli" de l'existence d'une démarche qui prend pour objet non tel étant particulier mais l'être en tant que tel, fut le fait non seulement des écoles rivales de celles d'Aristote mais des disciples mêmes du Stagirite. Comme on l'a souligné, "il y a là une situation si étrange qu'on peut se demander si Aristote ne l'a pas lui-même provoquée" (77).

Sans adopter la perspective génétique de M. Jaeger pour qui Aristote, à la fin de sa vie, se serait lui-même détourné des spéculations métaphysiques pour se consacrer à des recherches plus positives, M. Aubenque admet effectivement que ce qui fut sans doute interprété comme un abandon traduit plus fondamentalement un embarras qui a pour origine la structure interne de la métaphysique aristotélicienne, là où se joue le rapport entre le divin et le sublunaire.

Cet embarras, masqué par toute une tradition de commentateurs, se traduit très clairement dans le rapport différencié qui se noue, chez Aristote, entre philosophie première et métaphysique, ce dernier terme, non aristotélicien, étant celui sous lequel les éditeurs du Stagirite ont rangé des écrits ressortissant à la science de l'être divin et à une "science sans nom" (78) qui porte sur la constitution des êtres sensibles.

A l'encontre d'une interprétation systématisante qui identifie les deux termes, M. Aubenque montre en effet, qu'une telle identification méconnaît la différence fondamentale, chez Aristote, entre théologie et ontologie lesquelles traduisent dans leur rapport au savoir cette distinction irréductible, pour le philosophe de Stagire, entre l'ordre du savoir et l'ordre de la recherche, distinction où se marque le caractère inachevable de la connaissance humaine.

C'est cette différence dans l'ordre de la connaissance, fondement de la distinction entre la science de l'être divin qu'est la philosophie première et cette science sans nom qui porte sur l'

(77) P. AUBENQUE, op.cit., p.26.

(78) L'expression est de P. AUBENQUE, op.cit., p.19.

être en tant qu'être, qu'il nous faut maintenant succinctement analyser, vu son impact sur la conception aristotélicienne du discours juridique.

L'antériorité reconnue à la théologie (79) par rapport aux sciences secondes que sont la physique et les mathématiques, doit s'entendre tant du point de vue ontologique qu'épistémologique et chronologique : philosophie de l'être premier selon l'essence et la nature, la théologie est aussi antérieure dans l'ordre de la connaissance, de même que chronologiquement antérieure aux sciences secondes. A la primauté épistémologique correspond la primauté ontologique : se trouve postulée une cognoscibilité en soi qui assure une coïncidence entre l'ordre de l'être et l'ordre de la connaissance.

Se trouve ainsi posé un ordre de la connaissance qui correspond à la génération des choses et, parallèlement, une conception déductiviste du savoir qu'Aristote développera dans les Seconds Analytiques.

Comme on l'a indiqué, "l'idée de la connaissance implique...que son ordre soit celui-là même de l'ordre, que l'ontologiquement premier soit aussi épistémologiquement antérieur. Si la nature semble "syllogiser", c'est que le syllogisme ne fait que traduire le mode de production des choses : toute la théorie de la démonstration et de la science dans les Analytiques suppose cette coïncidence entre le mouvement par lequel la connaissance progresse et celui par lequel les choses sont engendrées" (80).

Mais si le savoir se trouve ainsi défini suivant l'ordre déductif, cela pose la question du premier principe, lequel ne peut être démontré. C'est ici, on le sait, qu'Aristote pose l'existence

(79) "Mais s'il existe quelque chose d'éternel, d'immobile et de séparé, c'est manifestement à une science théorétique qu'en appartient la connaissance. Toutefois, cette science n'est du moins ni la Physique...ni la Mathématique, mais une science antérieure à l'une et à l'autre (Mét., E, 1, 1026 a 10).

(80) P. AUBENQUE, op.cit., p.55.

d'un mode de savoir supérieur : l'intuition (81).

Il reste que cette science des premières causes et premiers principes, dénommée sagesse par Aristote dans le livre A de la Métaphysique et puis, plus tard, philosophie première, suspendue donc au "nous", si elle est première et antérieure dans l'ordre de la connaissance et, à ce titre, "plus connue et connaissable en droit", est doublement divine : "d'une part, dans l'opinion courante, Dieu est une cause de toute chose et un principe et, d'autre part, une telle science, Dieu seul ou du moins Dieu principalement peut la posséder" (82), "aussi est-ce à bon droit qu'on peut estimer plus qu'humaine sa possession" (83).

Un renversement s'opère ainsi qui fait de la sagesse, facile en droit comme l'établissait le Protreptique, la science la plus difficile à atteindre : "ou plutôt il y a une sagesse plus qu'humaine qui est théoriquement facile, puisque son objet est de tous le plus clair et le plus exact, et une philosophie humaine, trop humaine qui, se mouvant d'abord au niveau des choses de chez nous, ne peut entretenir avec les premiers principes ce rapport immédiat d'évidence qu'Aristote désigne sous le nom de nous. S'établit de ce fait une distorsion, une distance reconnue entre une connaissance en soi et une connaissance pour nous... (84).

- (81) "Si donc nous ne possédons en dehors de la science aucun autre genre de connaissance, il reste que c'est l'intuition qui sera le principe de la science", Seconds Analytiques, 11, 19, 100 b 13; Aristote parle à ce propos du "nous", défini par M.J. Tricot (traduction de la Métaphysique, nouvelle édition, t.I, Paris, 1953, p.10, note 2) comme "connaissance des vérités indémontrables".
- (82) Mét., A, 2, 983 a 9.
- (83) Mét., A, 2, 982 b 29; Aristote poursuit en ces termes : "De tant de manières, en effet, la nature de l'homme est esclave, que, suivant Simonide, Dieu seul peut jouir de ce privilège et qu'il ne convient pas que l'homme ne se borne pas à rechercher la science qui est à sa mesure".
- (84) P. AUBENQUE, op.cit., p.59.

Si Aristote, dans un passage du livre α (Mét. α , 1, 993 b 10) paraît attribuer la difficulté de la constitution de cette science première, qu'est la sagesse, à l'éblouissement dont est victime notre âme par l'action des "choses qui sont de toutes les plus naturellement évidentes" (reprenant ici la métaphore platonicienne bien connue), la distorsion ainsi existante ne paraît pas, comme chez Platon, une simple étape de transition.

Pour Platon, si la recherche humaine s'élève du sensible à l'Idée, s'écartant ainsi de l'ordre idéal du savoir véritable qui est descendant, il ne s'agit là que d'une démarche préparatoire au savoir dont la "fin entrevue autorisait l'espoir d'une démarche enfin descendante, qui coïnciderait avec la genèse même des choses" (85).

A l'inverse, si Aristote, on l'a vu, partage cette conception descendante de l'ordre idéal du savoir véritable dont les "Analytiques" définiront les règles, l'homme, privé de cette intuition immédiate à laquelle est suspendu le déroulement démonstratif du savoir, est engagé dans une recherche préalable indéfinie (86).

Ainsi, il faut compter avec un ordre proprement humain de la recherche qui est non seulement différent mais inverse de ce que serait l'ordre idéal du savoir et "dont on ne peut espérer qu'il soit une simple propédeutique à celui-ci" (87).

Par ailleurs, cette inversion de l'antériorité de l'ordre du savoir est avalisée dans le livre Z de la Métaphysique où Aristote reconnaît à l'ordre proprement humain de la recherche un point de départ qui n'est point celui du plus connaissable en soi : ayant établi que c'était par l'étude des êtres sensibles qu'il fallait commencer, Aristote poursuit : "...il est avantageux, en effet, de

(85) ibidem, p.61.

(86) "La recherche préalable deviendra une lutte indéfinie contre un éblouissement toujours renaissant et le commencement du savoir véritable sera indéfiniment différé" (P. AUBENQUE, op.cit., p.62). Si cette conséquence n'est pas comme telle formulée par Aristote, elle est "impliquée par la distinction extrêmement fréquente que ses oeuvres classiques instituent entre "ce qui est plus connu en soi"...et "ce qui est plus connu pour nous", (ibidem).

(87) ibidem.

passer du moins connaissable au plus connaissable. Tout le monde procède ainsi pour apprendre : c'est par ce qui est moins connaissable qu'on arrive aux choses plus connaisseables" (88).

M. Aubenque, critiquant une certaine tradition qui utilise la distinction de l'antériorité en soi et de l'antériorité pour nous pour concilier la postériorité qu'implique en un sens le titre Métaphysique avec l'antériorité reconnue à la philosophie première (89), induit, au contraire, de la différenciation constatée, celle à opérer entre philosophie première et métaphysique : celle-ci ne pouvant désigner le projet aristotélicien d'une science antérieure à la physique, vise cette science sans nom chez Aristote qui prend pour objet, non pas l'être divin, mais l'être dans son universalité, c'est-à-dire, en tant qu'être.

Quant à nous, sans rentrer plus avant, ce qui n'est point notre domaine, dans cette controverse, il importe surtout de reconnaître le jeu de la différenciation dénoncée tant au plan de l'objet qu'au plan du savoir.

Cette reconnaissance, et donc la dualité ainsi constatée, sont introductives de ce qui constitue le noyau spécifique où gît l'origine de la théorie du droit, à savoir les rapports entre la théologie et l'ontologie, entre l'être divin et le sublunaire, entre le suprasensible et le sensible.

Tel est l'enjeu des développements qui précèdent : la problématique terminologique et ce qu'elle induit comme différenciation permettent de cerner, par ce qui est postulé comme rapport entre les termes ainsi différenciés, la spécificité de la métaphysique aristotélicienne et le cadre où s'inscrit la réflexion du Stagirite sur le discours juridique, marquée de ce fait par la mise en exergue du caractère inachevable de celui-ci.

(88) Mét., Z, 3, 1029 b 4.

(89) La critique porte sur ce qu'une telle interprétation aboutit à opposer l'ordre de la connaissance à l'ordre de l'être, alors qu'un tel renversement de l'ordre ontologique et de l'ordre épistémologique ne peut, constate M. Aubenque, être attribué sans réserve à Aristote (cf. op.cit., p.67).

Ce rapport entre l'être divin et le sublunaire est à double face : il est à définir tant par le rejet aristotélicien de la théorie platonicienne des Idées que par la théorie du Premier Moteur désirable.

B. Le rejet aristotélicien de la théorie platonicienne des Idées ou la reconnaissance d'un dualisme.

Le projet ontologique d'Aristote, à savoir l'affirmation d'une science de l'être en tant qu'être et la tentative de sa constitution, s'est défini dans le fil de sa théorie du langage.

Considérant que sous peine de nier l'expérience même de la communication, il faut poser l'univocité du langage comme la règle (90), Aristote renvoie, comme condition de possibilité d'une signification unique, à ce qu'il appelle la quiddité ou l'essence (91). L'idée est ici que "si les hommes s'entendent, il faut bien un fondement de leur entente, un lieu où leurs intentions se rencontrent : ce lieu, c'est ce que le livre / de la Métaphysique appelle l'être ou l'essence. Si les hommes communiquent, ils communiquent dans l'être... L'être est d'abord supposé par le philosophe comme l'horizon objectif de la communication" (92).

(90) Mét., /, 4, 1006 b 5 et sv.: "Mais si on ne posait pas de limites et qu'on prétendît qu'il y eut une infinité de significations, il est manifeste qu'il ne pourrait y avoir aucun raisonnement. En effet, ne pas signifier une chose unique, c'est ne rien signifier du tout, et si les noms ne signifiaient rien, on ruinerait tout échange de pensée entre les hommes, et, en vérité, aussi avec soi-même; car on ne peut pas penser si on ne pense pas une chose unique; et si on le peut, un seul nom pourra être assigné à cette chose. Qu'il soit donc entendu... que le nom possède un sens défini et une signification unique". Remarquons que des rapprochements féconds pourraient ici être opérés, sur base de la finale de cette citation, avec ce que nous avons vu du problème de la métaphorisation tel qu'approché par la théorie psychanalytique.

(91) Mét., /, 4, 1006 a 32 : "...quand je dis que l'homme signifie une seule chose, je veux dire ceci : si l'homme signifie telle chose, et si un être quelconque est homme, telle chose sera pour lui la quiddité d'homme".

(92) P. AUBENQUE, op.cit., p.131.

Le problème de l'être en tant qu'être et, conséquemment, la formulation d'un discours un sur l'être, apparaissent ainsi comme conditions de la cohérence de notre propre discours. Par là se trouve ainsi posée l'exigence d'unité de l'être.

Cependant, la reconnaissance, réalisée notamment lors de l'examen de l'aporie sur la prédication (93), de l'homonymie de l'être (94) conduit à l'impossibilité de conduire un discours scientifique sur l'être, et donc à réaliser le projet d'une "science" de l'être comme être, dont l'existence est pourtant affirmée au début du livre Γ de la Métaphysique. La raison en est que "toute science porte sur un genre déterminé" et que "l'être n'est pas un genre" (95),

- (93) Voy. sur ceci Phys., I, 2, 185 b 25 et sv.; cette aporie, posée au départ comme le problème des rapports de l'un et du multiple, est résolue par la distinction des significations multiples de l'un, et, pourrait-on dire, de l'être; (cf. sur ceci, notamment P. AUBENQUE, op.cit., pp.159 et sv.).
- (94) "On appelle homonymes les choses dont le nom seul est commun, alors que l'énonciation de l'essence conforme à ce nom est différente", Catégories, I, 1 a 1 (traduction P. AUBENQUE, op.cit., p.173). L'homonymie de l'être est cependant de nature particulière. La question, en effet, peut être posée de savoir comment concilier l'exigence d'une signification unique comme condition de la cohérence du discours et la multiplicité des significations qu'il faut reconnaître au mot le plus important, le mot être, multiplicité qui, par ailleurs, assure la fécondité de ce même discours, comme condition de possibilité du discours prédicatif? Ceci amènera Aristote à définir la nature particulière du rapport de l'être avec ses significations multiples, rapport qui n'est réductible ni à la synonymie, ni à l'homonymie : "L'Être se prend en plusieurs acceptions, mais c'est toujours relativement à un terme unique, à une seule nature déterminée. Ce n'est pas une simple homonymie, mais de même que tout ce qui est sain se rapporte à la santé...de même aussi, l'Être se prend en multiples acceptions, mais en chaque acception, toute dénomination se fait par rapport à un principe unique" Mét., Γ , 2, 1003 a 33 et sv.; cette homonymie particulière, M. Aubenque la qualifie d'homonymie objective "parce que fondée sur le rapport à un terme, à une nature," par opposé à l'homonymie accidentelle, fondée sur le langage (op.cit., p.192).
- (95) P. AUBENQUE, op.cit., p.222; cette même idée se retrouve quoique de manière peut-être plus nuancée, chez M. G.G. Granger (La théorie aristotélicienne de la science, Paris, 1976, pp.331-332) qui au terme de sa réflexion sur cette question, aboutit à la question suivante : "Ainsi la science théorique suprême finit-elle par se présenter, plutôt que comme un modèle exemplaire, comme une figure limite de l'épistème. Situation qu'on ne saurait trop méditer, indépendamment même de l'aristotélisme, car elle nous oblige à poser la question : comment et jusqu'à quel point la philosophie peut-elle recevoir le même nom de science qui s'applique à la connaissance des objets mathématiques et à la connaissance des choses de la nature?"

de par son homonymie même. Ce qui est ainsi mis en question, c'est la possibilité de tenir un discours parfaitement cohérent sur l'être en tant qu'être, unité présupposée comme condition de possibilité de l'intelligibilité du discours humain.

Si l'unité de l'être, condition d'un discours scientifique sur celui-ci, se dissout ainsi dans la multiplicité des significations, ne pourrait-elle au moins se repérer comme "unité de série"? Si une science de l'être ne peut se réaliser comme saisie immédiate de l'universalité de l'être, vu la non-réduction de celle-ci à l'unité de signification, ne pourrait-elle se réaliser comme saisie de l'universalité à partir de l'unité de référence? La multiplicité des significations de l'être se référerait ainsi à une signification primordiale permettant l'élaboration d'une science qui, parce que première, deviendrait universelle (96).

Telle est l'interprétation traditionnelle de la philosophie aristotélicienne, sur base de laquelle se trouve restaurée la possibilité d'une science de l'être en tant qu'être, conçue, par là-même, comme philosophie première (97).

(96) "La philosophie recherchée serait alors universelle parce que première : ontologie parce que protologie. La science de l'être en tant qu'être, ne pouvant réduire à un genre unique les significations multiples de l'être, serait du moins la science de celle de ces significations qui est primordiale : science immédiate de l'essence, elle serait médiatement science des autres catégories, puisque l'être-dit de celles-ci est d'être rapportées à l'essence" (P. AUBENQUE, op.cit., p.242).

(97) Cette interprétation repose sur un texte d'Aristote dont on peut citer, ici, ce passage significatif : "Non seulement...l'étude des choses ayant communauté de notion relève d'une seule science, mais encore l'étude des choses simplement relatives à une seule et même nature, car même ces choses-là ont, en quelque manière, communauté de notion. Il est donc évident qu'il appartient ainsi à une science d'étudier les êtres en tant qu'êtres" (Mét., I, 2, 13 et sv.; c'est ce type de restauration d'une science universelle parce que première qui permettra à W. JAEGER (Aristoteles. Grundlegung einer Geschichte seiner Entwicklung, Berlin, 1923, réimpression 1955, p.227) d'affirmer la synthèse, dans l'oeuvre aristotélicienne, des perspectives théologique et ontologique.

Cette interprétation a été critiquée par M. Aubenque qui, relevant le caractère programmatique des déclarations où Aristote proclame la possibilité d'une science unique de l'être, note plutôt l'absence d'une science démonstrative de celui-ci. Comme cet auteur le signale, si "la primauté peut avoir valeur universelle...c'est à la condition que l'universalité s'en déduise. Or, une telle condition est-elle réalisée dans le cas de l'être? Peut-on dire que l'essence est le principe des autres catégories...?" La réponse, pour lui, est négative : "certes, les catégories sont toutes dites par rapport à l'essence, mais ce rapport reste obscur et concentré, en quelque sorte, toute l'ambiguïté qu'Aristote avait d'abord reconnue au mot être" (98).

Ceci explique le caractère particulier du projet ontologique d'Aristote : l'irréductibilité de l'homonymie de l'être empêche que se constitue un discours un sur l'être, tandis que, parallèlement, l'idée même de l'unité continue d'habiter cette recherche (99).

C'est cette même spécificité que l'on retrouvera ci-dessous dans l'étude aristotélicienne du discours juridique.

Le discours sur l'être sera ainsi celui d'une unité recherchée; ne pouvant se constituer comme discours scientifique, il

(98) op.cit., p.246; voy. aussi sur cette question le commentaire qu'il fait (p.197) du passage, très pertinent à cet égard, d'Aristote, Mét., I, 2, 1004 a 27 et sv.

(99) "La dispersion irréductible du discours sur l'être n'empêche pas que l'être soit un dans sa dénomination et qu'il nous invite dès lors à rechercher le sens de sa problématique unité. Par là s'expliquent les apparentes contradictions d'Aristote : l'espoir d'un discours un sur l'être subsiste au moment même où la recherche de l'unité se heurte à l'expérience fondamentale de la dispersion. Bien plus ces deux aspects sont si peu contradictoires qu'ils ne pourraient subsister l'un sans l'autre : l'idéal d'une science de l'être en tant qu'être empêche la recherche de s'abîmer dans ses échecs; mais l'infinité même de la recherche empêche l'idée d'une telle science d'être autre chose qu'un idéal...sans l'idée de l'unité, telle qu'elle s'exprime dans l'idéal aristotélicien de la science démonstrative, la recherche sur l'être deviendrait impossible" (P. AUBENQUE, op.cit., p.249-250, c'est nous qui soulignons).

empruntera la cohérence du discours dialectique (100). Reste alors à interroger à la fois le "pourquoi" d'une tension entre l'idéal d'une science de l'être et la réalité d'une recherche sans doute indéfinie.

Il est une voie qu'Aristote aurait pu suivre et qui lui aurait permis d'accéder à l'unité de l'être, condition d'une science de l'être en tant qu'être, à savoir celle qui lui était ouverte par la théorie platonicienne des Idées : la sagesse désirée, réalisable sous la forme d'une théologie.

Dans une telle perspective, l'unité du multiple se trouve posée comme séparée de celui-ci; au-delà des êtres sensibles, doit être reconnu du suprasensible dont la transcendance même serait garante d'unité. Cette conception, théologisant en quelque sorte la question ontologique est clairement refusée par Aristote pour qui une lecture en terme d'unité systémique des rapports sensible - suprasensible ne peut être opérée.

En contestant la transcendance des Idées platoniciennes (101), Aristote ne refuse pas l'existence du transcendant. Comme on l'a dit : "Si Aristote voit dans la transcendance platonicienne un

(100) Ce point est, lui aussi, mis en lumière par M.G.G. Granger, quoiqu'encore de manière plus nuancée : si M. Aubenque considère que, "si le syllogisme est pratiquement absent de la Métaphysique, on y trouve en revanche tous les procédés décrits par les Topiques ou les Réfutations sophistiques..." (op.cit., p.300), M.G.G. Granger considère à propos de la Métaphysique que la "méthode philosophique (à l'oeuvre), tout en maintenant l'usage de la déduction, se distingue surtout par la prépondérance accordée aux démarches pré-démonstratives" (op.cit., p.331).

(101) Comme le dit Aristote, à propos de cette théorie de Platon, "rien n'est plus absurde que de prétendre qu'il existe des réalités déterminées en dehors de celles que nous voyons dans l'Univers sensible et que ces réalités sont les mêmes que les réalités sensibles, excepté toutefois qu'elles sont éternelles tandis que les autres sont corruptibles. Quand on dit, en effet, qu'il existe l'Homme en soi, le Cheval en soi et la Santé en soi, sans rien ajouter, on ne fait qu'imiter ceux qui disent qu'il y a des dieux, mais que les dieux ont la forme de l'homme. Ces derniers n'en faisaient pas autre chose que des hommes éternels et de même les platoniciens, en créant leurs Idées, ne créent que des êtres sensibles éternels", Mét., B, 2, 997 b 6 et sv.

redoublement à la fois inutile et illusoire, c'est peut-être moins pour refuser la transcendance que pour la prendre au sérieux : les dieux ne sont pas des hommes éternels, mais des dieux : le divin n'est que divin" (102).

Mais à prendre la transcendance au sérieux, le Stagirite lui refuse la fonction qu'elle avait chez Platon, qui était de nous permettre de penser le sensible en l'unifiant : "si le divin n'est que divin, il ne nous apprend plus rien sur notre monde". En récitant ainsi la théorie des Idées sans rejeter le chorismos (la séparation) "le Ciel d'Aristote ne perd pas de sa réalité parce qu'il n'est plus un Ciel d'Idées, mais un Ciel visible d'astres et de sphères" (103), Aristote aggrave la scission avec l'univers terrestre, en opposant désormais un monde ordonné à un monde contingent.

Émerge ainsi la possibilité d'une constitution d'une théologie autonome, du fait de l'acceptation par Aristote de la séparation originelle (104) : mais cette science, par le caractère divin de son objet et par suite du rejet du rapport d'intelligibilité entre l'éternel et le corruptible qu'assurait la théorie des Idées, est, comme la qualifie M. Aubenque, "inutile" en tant qu'elle ne peut rien nous apprendre sur le monde sublunaire : "science royale, son règne n'est plus que celui d'un souverain sans sujet" (105). Si une philosophie première présupposant la contemplation du divin est possible (106), son "inutilité" s'avère consécutive à l'écart qui traverse le rapport divin-sublunaire : "L'affirmation de la transcendance...exclut tout rapport direct de connaissance entre Dieu et le monde, comme de déduction entre la contemplation du divi

(102) P. AUBENQUE, op.cit., pp.313-314.

(103) ibidem.

(104) voy. sur ceci, P. AUBENQUE, op.cit., pp.306 et sv. (notamment p.307, note 4 et p.312, note 6) et les références citées; sur la notion de théologie chez Aristote, voy. le passage déjà cité, Mét., E, 1, 1026 a 15-20.

(105) op.cit., p.333.

(106) En tant que les astres (partie éternelle de l'Univers) sont des dieux, le divin n'est pas tout à fait invisible : l'homme a ainsi une possibilité de vision "fugitive et partielle" des "êtres supérieurs et divins"; voy. sur la joie que cette vision procure, De partibus animalium, I, 5, 644 b 34 et cf. infra § 2 B.

et la recherche terrestre" (107).

Si le rapport du divin au sublunaire apparaît ainsi comme un rapport de scission, cette dimension liée au caractère transcendantal de la théologie aristotélicienne, n'épuise cependant pas la réalité de ce rapport : un deuxième trait la spécifie ; la théorie du Premier Moteur désirable le définit.

-
- (107) P. AUBENQUE, *op.cit.*, p.335. Notons avec le même auteur (p. 339) que la "théologie astrale fournit...à l'idée aristotélicienne d'une philosophie première l'intuition centrale sans laquelle elle ne pouvait se constituer...le Ciel visible est le Ciel intelligible lui-même". Dans cette perspective, le monde céleste, marqué par l'indistinction du sensible et de l'intelligible et domaine de la nécessité, "est, non pas même l'image, mais la réalisation toujours présente de l'ordre, de l'unité, de l'immutabilité qui manque à notre monde" (p. 340). La coupure impliquée par l'acceptation de la transcendance se situe ainsi entre deux régions de l'Univers. Cette thèse de la coupure spéciale spécifie la métaphysique aristotélicienne par rapport aux théories pythagoriciennes et stoïciennes (ce point est important car il nous permettra notamment de critiquer l'interprétation que donne M. Villey du iusnaturalisme du Stagirite); comme le signale M. Aubenque, "il n'est pas vrai...qu'Aristote voit Dieu dans le monde : il ne le voit...et la restriction est d'importance...que dans le Ciel... Le Dieu astral n'est pas un Dieu cosmique...; de ce qu'Aristote appelle le Ciel cosmos, il ne faut pas conclure qu'il étend l'ordre du Ciel au monde dans sa totalité, (mais) au contraire, qu'il ne reconnaît d'ordre que dans le Ciel...cosmos n'est jamais employé chez lui pour désigner le monde sublunaire, précisément parce que celui-ci ne comporte point d'ordre par lui-même" (*op.cit.*, pp.343-344). Notons, par ailleurs, la réserve qu'Aristote faisait à l'égard des représentations anthropomorphiques de la divinité qui aboutissaient à extraire le divin de sa propre sphère : "une tradition, transmise de l'Antiquité la plus reculée et laissée, sous forme de mythe, aux âges suivants, nous apprend que les premières substances sont des dieux et que le divin embrasse la nature toute entière. Tout le reste de cette tradition a été ajouté plus tard, sous une forme mythique, en vue de persuader "les masses" et pour servir les lois et l'intérêt commun : ainsi on donne aux dieux la forme humaine..." *Mét.*, Λ , 8, 1074 b 1-5.

C. La théorie du Premier Moteur désirable et le rapport d'imitation

Si la théologie aristotélicienne est ainsi pensée sous la forme de la théologie astrale, à partir de la contemplation du ciel et de la vision fugitive du divin que nous révèle celle des corps célestes, un autre aspect de cette théologie se traduit dans les ouvrages classiques, par la théorie du Premier Moteur exposée à partir de l'expérience du mouvement dans le monde sublunaire.

Au terme d'une analyse régressive, Aristote établit, comme condition de possibilité du mouvement et de son éternité, l'existence nécessaire d'un principe premier, le Premier Moteur : "Comment en effet, y aura-t-il mouvement, s'il n'y a aucune cause en acte?" (108).

Cette théorie, par-delà les difficultés d'interprétation ressenties par Aristote lui-même dans l'exposé qu'il en fait dans la Physique (109), a trouvé son expression définitive dans le livre

(108) Mét., Λ , 6, 1071 b 28. Voy. aussi ce passage, plus explicite: "il existe donc quelque chose toujours mû d'un mouvement sans arrêt, mouvement qui est le mouvement circulaire. Et cela est d'ailleurs évident, non seulement par le raisonnement, mais en fait. Par conséquent, le premier Ciel doit être éternel. Il y a, par suite, aussi quelque chose qui le meut; et puisque ce qui est à la fois mobile et moteur n'est qu'un terme intermédiaire, on doit supposer un extrême qui soit moteur sans être mobile, être éternel, substance et acte pur". Mét. Λ , 7, 1072 a 21-25.

(109) Voy. sur ceci, P. AUBENQUE, op.cit., 356-365 et les auteurs cités. L'exposé de la Physique aboutit à l'existence nécessaire d'un contact entre le moteur et le mobile ("il est nécessaire que les choses mues et les motrices soient continues ou en contact les unes avec les autres de sorte que de toute il se formera quelque chose d'un" : le divin serait-il dans un rapport de série avec le sublunaire?) mais aussi à l'incorporité du Premier Moteur, laquelle paraît exclure toute possibilité de contact (cette dernière constatation réaffirmant ainsi la transcendance du divin affirmée par la théologie astrale sur base de l'expérience de contemplation du Premier Ciel). Comme le signale M. Aubenque : "...la Physique n'échappe pas entièrement aux difficultés insolubles que suscite l'impossible projet de parler physiquement du divin" (p.362) si ce n'est par la négation ("en niant de Dieu tout ce qui est vrai de notre expérience du monde sublunaire... nous avons quelque chance, en détournant le regard de ce que Dieu n'est pas, de nous élever à quelque pressentiment de sa transcendance ineffable" (p.363)).

Λ de la Métaphysique sous la forme de la théorie du moteur désirable, qualifiée par les interprètes de "clé de voûte", d'"intuition centrale" de la métaphysique du Philosophe de Stagire.

C'est par cette théorie, en effet, qu'Aristote explique le mouvement et, par là-même, le rapport entre le Dieu transcendant et le monde en des termes non-physiques, évitant ainsi les risques d'une interprétation immanentiste.

Partant donc de la manière dont meut le Premier Moteur, Aristote s'exprime comme suit : "...c'est de cette façon que meuvent le désirable et l'intelligible : ils meuvent sans être mus... Que la cause finale puisse résider parmi les êtres immobiles, c'est ce que montre la distinction de ses significations. La cause finale, en effet, est l'être pour qui elle est une fin, et c'est aussi le but lui-même; en ce dernier sens, la fin peut exister parmi les êtres immobiles, mais non au premier sens. Et la cause finale meut comme objet d'amour, et toutes les autres choses meuvent du fait qu'elles sont elles-mêmes mues" (110). Dieu agit comme cause finale et son action trouve dans l'expérience du désir et de l'amour un paradigme adéquat à son explication.

S'institue ainsi un rapport particulier entre le divin et le sublunaire. Dans cette perspective, deux points sont à considérer : l'un est relatif à la radicalité de la séparation des mondes divin et humain, l'autre concerne leur possible articulation.

Cette théorie, d'une part, confirme la radicalité du chorisimos, de la séparation. Elle explique en effet la dualité nécessaire entre le projet ontologique et le projet théologique : le projet ontologique, s'inscrivant dans le fil d'une réflexion sur le langage, comme recherche sur les significations de l'être dont Aristote dégage le caractère multiple à partir d'une analyse du discours prédicatif, ne peut concerner l'être divin.

Cette exclusion n'est pas de droit mais de fait (puisque l'être divin est aussi de l'être) : du divin l'on ne peut parler que négativement. Il est saisi par la contemplation; sa "transcend-

(110) Mét., Λ, 7, 1072 a 26 et Λ, 7, 1072 b 1-3; c'est nous qui soulignons.

dance rend impossible une parole humaine sur lui...il n'y a pour Aristote de discours qu'humain : réalité sensible, mouvement lui-même dans un monde de mouvement, le discours humain ne porte jamais que sur le sensible et le mouvant" (111).

A l'inverse, la théologie qui dans le livre Λ se pose parfois comme science du principe et, par là, comme science universelle parce que première (ce qui autorise une certaine tradition à identifier philosophie première à métaphysique), ne peut prétendre à cette universalité.

C'est qu'en effet, même si certains textes d'Aristote (112) laisseraient croire à une interprétation déductiviste de l'Univers par rapport à un principe premier, la transcendance reconnue au divin par le Stagirite et le rejet de la théorie platonicienne des Idées interdisent de faire du divin le principe d'engendrement et de connaissance du monde sublunaire. Comme on l'a signalé, "on se condamne à manquer l'originalité de la démarche d'Aristote si, tenant pour nulle sa critique du platonisme, on lui attribue cette idée d'origine platonicienne que l'être divin est l'unité de l'être sensible, qu'il est donc cet être en tant qu'être que notre discours sur le sensible postule comme condition de sa cohérence. Mais si le divin n'exhibe pas l'unité que l'ontologie recherche, il n'en guide pas moins l'ontologie dans sa recherche; l'unité de l'être divin, si elle n'est pas le principe constituant du sensible, n'en demeure pas moins le principe régulateur de la recherche ontologique de l'unité. Toute la démarche de l'ontologie aristotélicienne vise à reconstituer, par le détour spontané du langage ou par les médiations plus savantes de la dialectique, une unité dérivée qui soit comme le substitut, dans le monde sublunaire, de l'unité originnaire du divin" (113). Et tel est effectivement le deuxième point à considérer.

(111) P. AUBENQUE, op.cit., pp.372-376.

(112) Ainsi ce texte, où Aristote se rallie à l'orthodoxie platonicienne de l'unité : "...les êtres ne veulent pas être mal gouvernés : le commandement de plusieurs n'est pas bon : qu'il n'y ait qu'un seul chef", Mét., Λ 10, 1076 a 4-5.

(113) P. AUBENQUE, op.cit., pp.404-405.

Si la radicalité du chorismos se trouve confirmée par la théorie du Premier Moteur désirable, cette même théorie fait de l'être divin le point de visée du monde sublunaire, instaurant ainsi un rapprochement des plus significatifs entre les deux termes scindés par la séparation.

Si le divin n'est pas principe du mouvement au sens mécaniste du terme, il meut comme objet de désir, comme objet d'amour, comme cause finale. Le rapport qui s'institue est un rapport de tension et d'attraction. Le moindre être dont se trouve affecté le monde sublunaire tend vers l'être divin comme on tend vers l'être aimé. Ce qui rend compte des rapports est l'ordre du désir, donc l'ordre du manque, de la négativité : "...le moindre être tend vers l'être, comme l'aimant tend vers l'aimé, et c'est alors que l'être aimé apparaîtra, non pas comme la cause, mais comme le principe régulateur des mouvements apparemment désordonnés qu'il appelle. Le Dieu transcendant d'Aristote meut comme idéal d'un mouvement qui tend moins à aller vers lui (puisqu'il est inaccessible) qu'à l'imiter par les moyens dont on dispose" (114).

L'être divin, conçu comme causalité finale, explique moins le sublunaire au sens propre du terme qu'il ne définit par lui-même un idéal d'être, un devoir être qui affecte le mouvement du sublunaire, mouvement finalisé mais sans terme en ce que l'écart et donc le manque sont inévitables à raison de la transcendance du divin, phare qui oriente sans jamais être atteint (115).

La démarche ainsi ordonnée est de l'ordre de la dialectique et non de la déduction : on retrouve, à ce niveau, le caractère dialectique de la démarche effective de l'ontologie aristotélicienne, différenté en fait de son projet de constitution d'une science conforme à l'idéal déductiviste de la science tel qu'il l'a repris à Platon (116). Le rapport du monde à Dieu est un rapport d'

(114) P. AUBENQUE, op.cit., p.387.

(115) La contingence, ainsi, est essentielle au monde sublunaire. Apparaît ici une des distinctions de la philosophie aristotélicienne avec le stoïcisme qui, repoussant la contingence, fait du monde un Dieu. La différence foncière des doctrines du droit stoïcienne et aristotélicienne trouve là une de ses racines.

(116) Voy. sur cette théorie de la science et son rapport à la conception platonicienne, notamment S.MANSION, Le jugement d'existence chez Aristote, 2^e éd., Louvain, 1976, pp.2,12 et sv.

imitation, un rapport ascendant du monde à Dieu, un rapport qui n'est pas de principe à conséquence, de modèle à copie, mais "d'aspiration vers un idéal entrevu" (117).

Afin d'explicitier ce rapport d'imitation, qui, nous le verrons par la suite, est des plus importants de notre point de vue qui est celui de la philosophie du droit, nous pouvons utilement reprendre une analyse de M. Aubenque.

Celle-ci tente de rendre compte des imbrications, fréquentes dans le texte d'Aristote, des perspectives théologique et ontologique. C'est à l'occasion de l'une d'elles que l'analyse devient particulièrement féconde. Dans un passage du livre Λ de la Métaphysique, le Stagirite considère que "...les causes de toutes choses sont les mêmes de la façon que nous allons indiquer. Elles sont d'abord les mêmes par analogie, en ce sens que matière, forme, privation, cause motrice, sont communes à toutes choses; puis les causes des substances peuvent être considérées comme les causes de toutes choses, en ce sens qu'une fois les substances anéanties, toutes les autres catégories sont anéanties" (Mét., Λ , 5, 1071 a 32-35). Dans la recherche proprement ontologique de l'unité de l'être, Aristote, ainsi, superpose "à l'unité horizontale que l'élaboration dialectique des principes communs s'efforce indéfiniment d'instituer...une unité verticale, hiérarchique, qui atteint l'universalité par la primauté" (118).

Comme on l'a déjà vu, une tradition importante a interprété cette juxtaposition comme constituant la solution théologique du problème ontologique, thèse que M. Aubenque considère inacceptable car vidant de sa substance la critique par Aristote de la théorie platonicienne des Idées; bien plus, "si l'analogie aristotélicienne ne signifie rien d'autre que la participation platonicienne, on ne voit vraiment pas pourquoi Aristote a mis tant de passion, consacré tant de temps et de pensée à la critique du platonisme...l'essence est la première des catégories, mais Aristote ne décrit jamais cette primauté comme rapport de principe à conséquence" (119).

(117) P. AUBENQUE, op.cit., p.390.

(118) op.cit., p.400.

(119) op.cit., pp.400-401.

Comment, de ce fait, concilier cette juxtaposition de deux solutions qui "s'excluent"? Un mot du passage précité l'explique, signale M. Aubenque : "Les principes sont les mêmes ou sont dans un rapport d'analogie... parce que les causes des essences sont comme les causes de toutes choses"; dans ce passage Aristote ne peut avoir voulu dire que les causes de l'essence sont les causes de la relation, de la quantité puisque la théorie de l'analogie implique précisément que ces causes sont aussi différentes que le sont entre elles l'essence, la relation, la quantité... il ne peut donc avoir voulu dire que ceci : le discours humain doit procéder comme si les causes des essences étaient les causes de toutes choses, comme si le monde était un tout bien ordonné et non une série rhapsodique (120), comme si toutes choses pouvaient être ramenées aux premières d'entre elles, c'est-à-dire aux essences et à la première des essences, comme à leur Principe" (121).

Ce dont ce "comme si" est l'enjeu, c'est l'impossible idéal d'unité du monde, idéal qui fonde la recherche et l'action humaine. On retrouve ici, de manière très significative, l'action finalisante du divin, objet de désir et d'amour. L'homme et le monde sublunaire sont habités par une tension vers une perfection impossible, mais régulatrice. Tel est le rapport d'imitation. On en trouve trace au plan du discours : "l'unité du discours ne serait jamais donnée à elle-même, bien plus, elle ne serait jamais "recherchée" si le discours n'était pas mû par l'idéal d'une unité subsistante" (122).

Non seulement le sensible apparaît ainsi marqué de son désir de cohérence, mais aussi, le discours qui le prend pour objet

(120) expression reprise à Kant et par laquelle celui-ci critiquait la théorie aristotélicienne des catégories pour n'être pas un système.

(121) P. AUBENQUE, *op.cit.*, p.401; c'est nous qui soulignons : ce passage, en ce qu'il éclaire la conception aristotélicienne du rapport d'imitation, nous fournira, en effet, un des moyens par lesquels repérer le caractère mythologique de la lecture que le Stagirite opère du droit.

(122) P. AUBENQUE, *op.cit.*, p.403.

ne peut fonctionner qu'à faire "comme si" ce sensible reposait sur une structure unitaire. Au non unifiable et au dispersé correspond la fiction discursive nécessaire de l'unité présupposée. La réalité du monde sublunaire est celle de la dispersion irréductible; elle traduit une scission d'avec le divin dont la transcendance, cependant, induit le désir d'unité.

Se définit là, dans une volonté remarquable d'inscrire la réalité sensible et la connaissance humaine dans le jeu d'un écart qui rend cette dernière inachevable, un cadre de pensée qui situe dans le jeu même du désir (Dieu meut comme objet d'amour) ce qui assurera la relation indentificatoire à celui qui définit l'unité. Transposé au discours juridique suivant les modalités qu'on verra par la suite, un tel schéma de pensée produira du droit cette image qui en fonde l'unité nécessaire. La rationalité mythologique du droit retrouvera ainsi son assise théorique que la simple séparation du divin et du sublunaire, non couplée au rapport d'imitation, risquait de ne point fournir. Par-delà la mise en lumière du caractère inachevable du discours juridique, se réaffirmera une toute-puissance qui réassurera le juriste de sa fonction de Docteur de l'oracle du maître-Loi.

On retrouve ici, la question du savoir. Si l'ontologie, comme recherche d'un discours un sur l'être, est, de par la contingence même de celui-ci, une ontologie de la finitude et de la scission, elle traduit, en même temps, la tension de l'être sensible vers cette unité. Le mouvement, la temporalité et la contingence de l'être du monde sublunaire traduisent cette double dimension. Ils sont ce par quoi se marque l'irréversible scission mais aussi, pour Aristote, ce par quoi l'être s'efforce de retrouver l'unité perdue.

Ainsi le mouvement, s'il est le "fondement de la scission, en est en même temps le correctif... (en son sein) va naître le substitut d'une immobilité qui est à la fois niée et suppléée par sa contradictoire, puisque la fin même du mouvement n'est autre

que sa suppression" (123).

C'est précisément par référence à ce mouvement, marque de l'être sensible, que peuvent, pour partie, se différencier les deux types de discours cohérents reconnus par Aristote. Comme l'a remarqué, notamment Mme S. Mansion, pour Aristote, héritier en cela de l'idéal platonicien de la science, "la science reste connaissance de l'immuable, de l'éternel et du nécessaire, elle reste appréhension de l'être par sa cause intelligible. Aussi ne s'occupe-t-elle pas du réel sous tous ses aspects. Elle doit découvrir au sein d'un univers en perpétuel changement un élément de permanence et de stabilité" (124).

Cela explique que la pensée du monde comme monde contingent sera, pour Aristote, le fait d'une autre discipline, d'un autre discours : la dialectique.

Celle-ci, cependant, dans son adéquation à la saisie du mouvement de son objet, traduit la double dimension de ce mouvement: son infériorité par rapport à la science (incertitude, instabilité) est le signe même d'une supériorité : "tout le mouvement de la démonstration n'a d'autre but que de manifester que le rapport extérieur entre un sujet et un prédicat apparemment accidentel (par exemple, entre Socrate et la mortalité) est en réalité le déploiement de l'unité intérieure d'une essence, celle du moyen terme (ici l'humanité); (au) contraire, la dialectique intervient chaque fois que l'on ne peut en appeler de la dispersion apparente à une unité réelle, chaque fois donc que la réalité de la scission contraint à un mouvement sans fin la recherche de l'unité...cette dualité d' aspects (de là dialectique)...illustre une fois de plus ce renversement qui, sans être jamais pensé en tant que tel par Aristote, structure à chaque instant sa spéculation effective et selon lequel la finitude trouve en elle-même...les moyens de sa propre rédemption" (125).

(123) P. AUBENQUE, op.cit., pp.489-490; le même double aspect se retrouve à propos de la temporalité et de la contingence (toutes deux liées au mouvement : le temps comme mesure de celui-ci; la contingence comme sa conséquence) : "Le temps est ce par quoi l'homme "s'immortalise" autant qu'il peut" (p.491); de même, Aristote dévalorise la contingence par rapport à la nécessité mais la revalorise en tant qu'elle est condition de possibilité de la délibération, du travail et de l'action.

(124) S. MANSION, op.cit., p.2.

(125) P. AUBENQUE, op.cit., pp.495-496.

Ainsi la dialectique est elle-même recherche de l'unité impossible : elle met en oeuvre l'inévitable "comme si" relevé ci-dessus. De même que le mouvement tend vers le terme jamais atteint de l'immutabilité, la dialectique tend vers sa propre et impossible suppression. Là se marque donc l'incidence sur la question du savoir, intimement liée comme nous le verrons, à celle de la rationalité juridique, du rapport d'imitation entre le divin et le sublunaire, corrélatif à la théorie du Premier Moteur désirable (126).

-
- (126) La même dimension paraît se retrouver au plan de la conception aristotélicienne de l'histoire des idées à tout le moins. Dans quel sens? Le Père Le Blond (J.M. LE BLOND, Logique et méthode chez Aristote, 2^e éd., Paris, 1970, p.262) considère qu'"il est manifeste qu'(Aristote) croit au développement linéaire de la pensée, au progrès des idées...". M. Aubenque, au contraire, estime, au terme d'une analyse approfondie du livre A de la Métaphysique que si, au départ, Aristote exprime manifestement cette croyance, héritée des sophistes, au progrès des arts et de la philosophie, faisant ainsi du temps le cadre d'un dévoilement progressif, même si entrecoupé d'échecs, par la suite cette croyance (quoique par endroits encore maintenue, voy. Eth.Nic., I, 7, 1098 a 24) s'est transformée en une conception dialectique de l'histoire : "Le temps...n'est plus que le milieu, en quelque sorte neutre et indifférent, où se déroule la délibération qui met aux prises, dans l'émulation d'une même recherche, le philosophe et l'ensemble de ses pré-décesseurs" (op.cit., p.89). La dimension du progrès n'est cependant pas exclue, mais elle est différente : "Aristote... n'a jamais pensé que le dialogue des philosophes fût un dialogue de sourds, où les mêmes thèmes reparaitraient périodiquement, repris par d'autres voix, sans que rien d'essentiel y fut changé. En bon socratique, Aristote sait que le dialogue suit une progression : seulement, il ne s'agit plus ici d'un progrès linéaire, procédant par accumulation de résultats mais d'un progrès proprement "dialectique", qui ne s'approche d'une vérité toujours fuyante qu'au prix d'un perpétuel va-et-vient dans la discussion" (p. 91).

Le temps du dialogue fait ainsi référence non à un devenir inéluctable, mais à une recherche laborieuse habitée par un terme final toujours distant. On retrouve donc ici, mais à un autre niveau, cette idée du mouvement vers une unité présupposée et en marche; voy. aussi sur le problème de l'histoire, R. WEIL, Aristote et l'histoire-essai sur la "politique", Paris, 1960.

§ 2. La théorie aristotélicienne du droit.

Ce qui précède définit la suite de notre analyse. Nous allons retracer, en liaison avec le noyau spécifique de la métaphysique du Stagirite, les grandes lignes de sa théorie du droit; s'en dégageront progressivement les éléments qui traduisent le caractère mythologique de la lecture aristotélicienne du droit.

L'essentiel de la réflexion dernière d'Aristote sur le droit se situe dans le livre V de l'Ethique à Nicomaque, c'est-à-dire dans le cadre de sa réflexion morale (127) : le problème du

- (127) D'autres ouvrages, tels la Rhétorique et la Politique, contiennent des passages relatifs au droit. Nous y ferons pour partie allusion. De même, d'autres ouvrages de morale sont relatifs au thème de la justice qui est, chez Aristote, indissociable du droit. Pour une étude comparée de l'Ethique à Eudème, de la Grande Morale et de l'Ethique à Nicomaque à propos du droit, voy. M. HAMBURGER, Morals and law - The growth of Aristotle's legal theory, new edition, New York, 1971; voy. aussi sur un dialogue ancien intitulé "Sur la Justice", le bel ouvrage de P. MORAUX, A la recherche de l'Aristote perdu. Le dialogue "sur la Justice", Louvain-Paris, 1957.
- Mentionnons enfin, outre les ouvrages déjà cités de F. HEINIMANN et R. HIRZEL, les études les plus importantes qui ont été consacrées à la philosophie aristotélicienne du droit : E. BARKER, The political thought of Plato and Aristotle, New York, 1960; V. EHRENBERG, Die Rechtsidee im frühen Griechentum, Untersuchungen zur Geschichte der werdenden Polis, Leipzig, 1921; M. HAMBURGER (outre l'ouvrage précité), The awakening of western legal thought, new edition, New York, 1969; E. MICHELAKIS, Platons Lehre von der Anwendung des Gesetzes und der Begriff der Billigkeit bei Aristoteles, München, 1953; "Das Naturrecht bei Aristoteles" in Zur griechischen Rechtsgeschichte, Herausgegeben von Berneker, Darmstadt, 1968, pp.146-171; J. RITTER, "Naturrecht" bei Aristoteles - zum Problem einer Erneuerung des Naturrechts, Stuttgart, 1961; M. SALOMON, Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Leyde, 1937; W. SIEGFRIED, Der Rechtsgedanke bei Aristoteles, Zürich, 1947; P. TRUDE, Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie, Berlin, 1955, A. VERDROSS-DROSSBERG, Grundlinien der Antiken Rechts- und Staatsphilosophie, Wien, 1948; M. VILLEY, parmi ses nombreuses études signalons, La formation de la pensée juridique moderne, nouvelle éd., Paris, 1962, pp.109 et sv.; E. WOLF, Griechische Rechtsdenker, Friburg, 1953; voy. aussi pour un commentaire littéral du livre V de l'Ethique à Nicomaque, outre celui de R.A. GAUTHIER et J.Y. JOLIF déjà cité, J. BURNET, The Ethics of Aristotle, London, 1900; F. DIRLMEIER, Aristoteles-Nikomachische Ethik, Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung, Band 6, 2^e éd., Berlin, 1960; A. GRANT, The Ethics of Aristotle, vol.II, 4^e éd.; London, 1885;

droit est analysé à l'occasion de l'examen de la vertu morale qu'est la justice : c'est qu'en effet, pour Aristote, l'expérience juridique est directement morale au sens où, notamment, l'office du juge est "le discernement du juste et de l'injuste" (Eth.Nic., V, 10, 1134 a 32).

Sans prétendre épuiser la théorie aristotélicienne du droit, nous en dégagerons trois lignes de force : les rapports entre droit - phronésis, droit - épieikéia et droit - phusis.

Une triple discussion s'engage ainsi qui vise en définitive à inscrire le droit -avec les ambiguïtés propres à toute la problématique aristotélicienne- dans l'ordre de la raison, de la légalité et de la nature.

A. Droit et phronésis ou le fondement intellectuel du droit.

C'est ici qu'apparaît, nous semble-t-il, la dimension la plus fondamentale de la lecture que le Philosophe opère du phénomène juridique. Trop souvent négligée (128) par les nombreux commentateurs de la philosophie aristotélicienne du droit, la relation entre droit et phronésis (prudence ou sagesse, sur cette traduction, cf. infra, note 129) constitue en effet l'élément de base de cette pensée à partir duquel s'éclairent les autres aspects et

(127 suite) W. HATCH, The moral philosophy of Aristotle, London, 1879; H. JACKSON, The fifth book of the Nichomachean Ethics of Aristotle, New York, 1973; H.H. JOACHIM, The Nichomachean Ethics, 4^e éd., Oxford, 1970; G. RAMSAUER, Aristotelis Ethica Nicomachea, Leipzig, 1878; J. STEWART, Notes on the Nichomachean Ethics of Aristotle, vol. I, Oxford, 1892.

(128) Une exception majeure doit être citée, c'est celle de M. C. Perelman qui, par ses remarquables travaux sur la nature du raisonnement juridique, a directement remis en l'honneur le lien étroit entre droit et savoir pratique, et, surtout, en a opéré la théorisation dans une perspective qui, sans s'y réduire, s'inscrit dans la foulée des recherches logiques d'Aristote.

notamment la doctrine du droit naturel. Bien plus, c'est par elle que la représentation que le Stagirite donne du droit s'ancre dans sa métaphysique. Tentons de remonter la filiation de ce rapport et d'en traduire la signification pour Aristote.

C'est par le concept de phronésis qu'Aristote inscrit la production juridique dans l'ordre d'une rationalité et, par là, dans une relation mimétique au divin. Qu'est-ce à dire?

La question du droit est identiquement celle de juste politique; la réflexion sur le juridique implique réflexion sur la justice. Or, Aristote établit un lien substantiel entre justice et phronésis (129), lien qui se fonde sur la définition qu'il nous donne de la vertu : "...la vertu est un état habituel qui dirige la décision, consistant en un juste milieu relatif à nous, dont la norme est la règle morale, c'est-à-dire celle-là même que lui donnerait le sage" (130).

La référence à la sagesse, au jugement du sage apparaît ainsi comme un élément constitutif de l'éthique et par là du droit, en tant que si la vertu est définie comme le respect du juste milieu, celui-

ci est déterminé par une vertu intellectuelle, la phronésis. Si le juste objectif (131) consiste en un certain juste mi-

(129) Le terme "phronésis" est susceptible de deux traductions, prudence ou sagesse. A l'époque contemporaine, la première est défendue, notamment, par M. Aubenque (dans un ouvrage qui fait suite à sa recherche sur le problème de l'être et qui s'intitule La prudence chez Aristote, 2^e éd., Paris, 1976); la seconde par MM. R.A. Gauthier et J.Y. Jolif, dont nous suivrons ici la position pour le motif que nous utilisons leur traduction de l'Ethique à Nicomaque; voy. sur ce problème de traduction, R.A. GAUTHIER et J.Y. JOLIF, op.cit., t.II, 2, p.463; P. AUBENQUE, La prudence... p.1 et surtout, "La prudence aristotélicienne porte-t-elle sur la fin ou sur les moyens", Rev.Etudes Grecques, 1965, n°369-370, p.48.

(130) Eth.Nic., II, 6, 1106 b 36.

(131) On sait que dans son étude sur la justice, Aristote distingue un point de vue objectif (détermination de ce que doit accomplir l'homme juste) et un point de vue subjectif ("de quelle manière il faut faire les choses justes pour être juste", R.A. GAUTHIER et J.Y. JOLIF, op.cit., t.I, 2, pp.122 et 143); comme le signale le Stagirite : "Les choses justes et les choses injustes étant telles que nous l'avons dit, on accomplira un acte d'injustice ou un acte de justice quand on fera ces choses de plein gré", Eth.Nic., V, 10, 1135 a 15).

lieu, défini par Aristote au livre V de l'Ethique à Nicomaque, la détermination concrète de ce juste milieu sera le résultat du respect d'une norme, oeuvre d'un jugement spécifique, celui du sage (phronimos).

Un double élément constitutif de la vertu se trouve ainsi posé, qui justifie le plan du raisonnement éthique d'Aristote (examen successif des diverses vertus particulières sous l'angle du type de juste milieu qu'elles constituent et, ensuite, analyse des diverses vertus intellectuelles).

La production juridique (production du juste dans la cité qui est le fait du nomothète et du juge) reçoit, de ce fait, sa première spécification fondamentale : elle est définie par sa référence à un savoir fondateur et normatif, celui constitué par le sage.

N'étant que l'effet de ce que chez Aristote l'éthique est une éthique de la sagesse, cette spécification, cependant, n'acquiesce son véritable relief qu'à travers le dévoilement de la signification particulière que revêt la phronésis elle-même. Car, comme on l'a signalé, il s'agit là d'un "concept philosophique qui touche à l'essentiel : la nature du savoir humain, les rapports de la théorie et de la pratique, la relation de l'homme au monde et à Dieu" (132).

En quoi, donc, le savoir produit par le phronimos est-il fondateur et normatif de la détermination du juste? Quelle est la portée de cette inscription du juridique dans l'horizon d'un savoir "prudentiel" ? La réponse à cette question, comme on va le voir, est des plus nuancées et traduit la souplesse et la puissance théorique de la philosophie aristotélicienne du droit.

La sagesse est définie par Aristote comme "un état habituel vrai, raisonné, qui dirige l'action et a pour objet les choses bon-

(132) P. AUBENQUE, La prudence..., p.10.

et mauvaises pour l'homme" (133). Distincte de la science et de l'art, elle est la vertu de la partie non scientifique de la partie rationnelle de l'âme, celle qu'Aristote appelle la partie calculatrice ("car "calculer" c'est la même chose que "délibérer" et nul ne délibère sur les choses qui ne peuvent pas être autrement qu'elles ne sont" Eth. Nic., VI, 2, 1139 a 13) ou opinative (Eth. Nic., VI, 5, 1140 b 26). Elle vise donc à définir la validité, la justesse du critère de l'action droite (134).

Mais si la sagesse est ainsi définie comme ce qui régit l'action, détermine la droite règle à l'aide de laquelle spécifier le juste milieu que constitue toute vertu, quelle est cette droite règle, d'où tire-t-elle son titre de validité? Comme le signale M. Aubenque, "Aristote ne nous donne aucun moyen de la reconnaître, si ce n'est l'appel au jugement de l'homme prudent. Ce ne serait rien si l'homme prudent tirait son autorité de la sagesse (135) ou

- (133) Eth. Nic., VI, 5, 1140 b 5; sur les divers sens du terme phronésis dans l'oeuvre d'Aristote et sur ce que cette plurivo-cité implique, voy. P. AUBENQUE, La prudence..., pp.7-30 et la bibliographie citée. Signalons que la traduction ici donnée de Eth. Nic., VI, 5, 1140 b 5 est contestée par certains (voy. sur ceci, P. AUBENQUE, op.cit., p.34, note 1 : pour MM. Dirlmeier, Tricot et Aubenque, il faudrait plutôt traduire : "disposition pratique accompagnée de règle vraie concernant..").
- (134) Ce n'est pas le lieu de reprendre en détail le raisonnement d'Aristote sur la phronésis et les autres vertus intellectuelles. Signalons que le Stagirite, ayant distingué deux domaines dans la partie rationnelle de l'âme, constate d'une part que la vertu de la partie scientifique n'est pas la science du fait que celle-ci n'est pas autosuffisante (Eth. Nic., VI, 3, 1139 b 25-34) mais la philosophie et d'autre part que la partie calculatrice, si elle est le siège d'au moins deux états habituels, un qui a pour objet la production et un qui a pour objet l'action, a pour vertu la sagesse.
- (135) Il faut entendre, dans le langage de MM. Gauthier et Jolif que nous avons adopté, la philosophie.

de la science, dont il ne serait alors que l'instrument : car c'est l'universel qui s'exprimerait alors par sa voix. Mais le prudent...n'est en tant que tel ni un sage ni un savant...il se meut au niveau du particulier et fixe à chacun le juste titre qui répond à sa particularité... Mais si la supériorité du prudent ne repose pas sur un savoir, c'est-à-dire sur la participation à un ordre universel, l'autorité dont Aristote l'investit n'est-elle pas arbitraire...?" (136).

Chez Platon, le problème se posait différemment puisque le roi-philosophe disposait du savoir : son droit à la parole reposait sur sa science des premières choses. Mais, on le sait, un tel schéma n'est pas adopté par Aristote.

Quel est dès lors le titre de la primauté reconnue au prudent, ou pour employer le langage de M. R.A. Gauthier, au sage? La question est des plus importantes car elle pose celle du fondement éventuel du discours juridique, traversé, selon Aristote, par une rationalité prudentielle.

Aristote, dans un texte du Protreptique (137), défend encore une position platonicienne : le phronimos "...privilegié... pour l'exactitude de son savoir...désigne donc ici l'homme de la contemplation ou du moins celui qui, ayant contemplé l'ordre de la Nature et de la Vérité, y puise la norme transcendante de toute action" (138).

Dans l'Ethique à Nicomaque, cependant, Aristote, conformément à son abandon de la théorie des Idées, expose une autre conception, qu'explicite de la manière la plus claire le problème de l'équité.

Comme nous le verrons ci-dessous, tant Platon qu'Aristote relèvent l'infirmité fondamentale dont est entachée la loi; du

(136) La prudence..., p.40.

(137) "Quel critère ou quelle norme pour juger de la valeur d'une chose pourrait être plus exact que le phronimos? Car ce pour quoi cet homme, en suivant la science, se décide, cela est la valeur et le contraire la non-valeur". (Iamblichus Protrepticus, éd. H. PISTELLI, nouv.éd. Stuttgart, 1967, VI, p.39, 16-20; R. WALZER, Aristotelis Dialogorum Fragmenta, Hildeshei 1963, fr. 5a du Protrepticus, p.29).

(138) P. AUBENQUE, La prudence..., pp.41-42.

fait de sa généralité, elle ne vise qu'inadéquatement les cas litigieux que caractérisent leur particularité. Il reste que la réaction de l'un et l'autre philosophe à cette imperfection de la loi et à sa rigidité est très différente.

Pour Platon, la loi n'est qu'un substitut imparfait de la science, la primauté idéale devant être accordée au Savoir Incarné (les chefs, ce sont ceux qui savent) (139).

Pour le Stagirite, en revanche, la généralité est l'apanage tant de la loi que de la science et l'impossibilité de déduire jamais le particulier, qui est indéterminé, du général est dû à un obstacle ontologique qu'aucune proposition scientifique ne pourra combler. Ceci explique que la loi a besoin d'un correctif qui est le recours par le juge à l'équité : "à chose indéterminée, il faudra aussi une règle indéterminée comme la règle de plomb utilisée dans la construction à Lesbos : la règle, bien loin de demeurer rigide, épouse les formes de la pierre, de même le décret s'adapte-t-il aux faits" (140).

De ce point de vue, la science n'est nullement supérieure à la loi : la particularité du réel exige le recours à une rationalité, celle de l'équitable, qui ne relève en rien de l'ordre de l'exactitude mathématique; on retombe ici sur la sagesse à laquelle Aristote refuse explicitement cette exactitude au profit de l'efficacité atteinte par des raisonnements probables (141).

Mais la question se repose à ce stade : l'abandon des thèses platoniciennes ne rend que plus délicate la position aristotélicienne. Quel est le titre de validité de ce jugement prudentiel, ou des jugements du sage pour reprendre notre terminologie habituelle? A cette question, M. Aubenque apporte une réponse en deux temps.

(139) Platon, Politique, 292c, 300c; Théétète, 170a; dans un autre passage, Platon définit le chef comme celui qui "pose sa propre science comme loi" (Politique, 297a).

(140) Eth. Nic., V, 14, 1137 b 30-32.

(141) Voy. sur ceci, Eth. Nic., I, 1, 1094 b 22 et sv.

Il constate tout d'abord que l'abandon de la perspective platonicienne conduit Aristote à poser comme critère dernier la personne même du sage, devenu ainsi à lui-même son propre critère (142). Mais qu'est-ce qui caractérise ce sage, dont le jugement, porteur de règles vraies, définit le juste milieu? C'est, souligne M. Aubenque, à l'encontre de l'interprétation de M. Dirlmeier (143), moins la qualité personnelle du sage comme représentant d'une race ou d'une tradition que la qualité intellectuelle que son jugement traduit.

L'abandon par le Stagirite du fondement platonicien que constituait le savoir transcendant ne signifie pas la rupture avec l'intellectualisme socratique, mais bien la mise en place d'un fondement intellectualiste différent. La phronésis est, en effet, une vertu intellectuelle. Le sage sert de critère parce qu'il est doué de cette intelligence et parce que la mise en oeuvre de celle-ci lui confère un certain savoir.

La vertu morale donc, et, pour ce qui nous concerne, la détermination du juste qui est, notamment, l'office du juge, ne sont plus subordonnés idéalement, comme chez Platon, à la science des Idées ou des Nombres mais à un "savoir" configuré par la nature contingente de son objet et constitué par la voie de la logique dialectique.

A la transcendance de l'intelligible et à l'insertion corrélatrice du juridique dans l'ordre de la scientificité et de l'exactitude mathématique, se trouve substitué non le relativisme

(142) voy. ce passage significatif d'Aristote : "...la caractéristique qui distingue le mieux de toute autre le vertueux (=spoudaios) c'est sans doute son aptitude à voir le vrai dans chacune des branches de l'activité dont il est, pour ainsi dire, la règle et la mesure" Eth. Nic., III, 6, 1113 a 31-32.

(143) Pour M. Dirlmeier (Aristoteles-Nikomachische Ethik, Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung, Band 6, 2^e éd., Berlin, 1960, p.24), le spoudaios est "die Figur des vollendeten Repräsentanten aller Edlen". Il érige ainsi en critère dernier ce qu'il nomme "die edelsten Traditionen seines spoudaios Volkes".

sophistique mais un autre fondement intellectualiste, celui de la raison pratique, qu'on peut dénommer "intellectualisme existentiel" (144).

C'est ici que l'on retrouve l'enracinement métaphysique de la théorie morale et juridique d'Aristote.

Le droit, pourrait-on dire, apparaît chez le Stagirite comme une production divine, non pas en ce que la détermination du juste est traduction dans le particulier d'un savoir des principes, mais, indirectement, par la reconnaissance, dans cette détermination, d'un savoir à la fois limité, du fait de la contingence de l'objet, et traversé par une rationalité qui assure ou permet la réalisation du meilleur possible : se retrouve ainsi le double rapport, d'imitation et de séparation, induit par la théorie du Premier Moteur désirable, entre le divin et le sublunaire. Qu'est-ce à dire?

La phronésis est la traduction dans le champ de l'expérience morale et juridique d'une ontologie de la contingence, d'une métaphysique de la division. C'est là que gît l'origine des divisions aristotéliennes entre les domaines "scientifique" et "calculateur"

- (144) "Aristote particularise, individualise, relativise l'intelligence, mais il ne renonce pas à l'intellectualisme. La substitution au *spoudaios* traditionnel d'un *phronimos*, qui n'est pas pourtant le sage platonicien, inaugure, à la fois contre l'empirisme de la tradition populaire et contre la philosophie platonicienne des essences, ce qu'on pourrait appeler un intellectualisme existentiel", P. AUBENQUE, La prudence..., op.cit., p.51; cela explique qu'Aristote, dans l'Ethique à Nicomaque, considère comme modèles du sage non plus Anaxagore, Parménide ou Pythagore, mais bien plutôt Périclès : "...nous pensons tous que Périclès et ses pareils sont des sages, parce que précisément ils sont capables de voir ce qui est bon pour eux et ce qui l'est pour les hommes. Or, ce sont les chefs de famille et les hommes politiques qui sont capables de cela", Eth. Nic., VI, 5, 1140 b 7. Remarquons que ce qui est ainsi valorisé chez Périclès, c'est sa supériorité intellectuelle, c'est son savoir : savoir qui n'est ni science, ni art, mais opinion, vu son objet propre et sa fin propre. Ceci explique qu'Aristote ne tombe pas dans une valorisation du pragmatisme politique : "le prudent (dans notre terminologie, le sage) n'est...pas le pur empirique...mais il est l'homme des vues d'ensemble" (P. AUBENQUE, op.cit., p.57).

de la partie rationnelle de l'âme et, à leur suite, entre la sophia (philosophie conçue comme la plus haute des sciences) et la phronésis (sagesse). Celle-ci concerne le domaine de l'agir qui se définit par sa contingence, c'est-à-dire par son pouvoir être autrement.

Si l'indétermination du domaine de l'action empêche la formulation d'un savoir scientifique, elle est cependant en même temps ce qui rend possible l'action et la production de l'homme qui trouve dans l'inachèvement du monde le cadre d'un possible (145) : "Aristote compte sur le désir raisonnable pour finir d'ordonner le monde" (146), même si l'ordonnement, l'achèvement est à jamais totalement inatteignable.

La sagesse aristotélicienne acquiert sa spécificité, liée à la contingence du monde, de ce que la cosmologie du Stagirite n'est pas unitaire. Elle est de l'ordre d'un savoir humain, limité, marqué par un écart infranchissable d'avec la philosophie, la plus haute des sciences. La distinction des deux savoirs ainsi que la nature particulière de cette rationalité "de substitution" qu'est la rationalité délibérante, propre à la phronésis, sont la marque de l'imperfection de l'homme qui est aux prises avec une réalité dont la singularité et le mouvement interdisent la subsumption sous les catégories générales du savoir scientifique.

Mais si cette rationalité prudentielle est de l'ordre du substitut, elle est en même temps ce qui permet à l'homme de s'assumer dans le monde tel qu'il est et de s'inscrire dans une pers-

(145) On retrouve ici la distinction déjà signalée, sur ce point, entre Aristote et le stoïcisme : l'idée d'harmonie universelle comme présente tant dans l'enveloppe céleste que dans le monde sublunaire est absente de la philosophie aristotélicienne; cela explique les différences de conception morale et juridique : comme l'indique E. Bréhier, "les stoïciens avaient...une raison...de ne pas chercher à réaliser la justice dans le monde; c'est qu'ils sont persuadés qu'elle y existe dès maintenant : la réalité cosmique est une réalité d'essence morale qui contient en elle la suprême sagesse et le suprême bonheur" (Chrysippe et l'ancien stoïcisme, 2^e éd., Paris, 1951, p.213).

(146) P. AUBENQUE, La prudence..., p.88.

pective de rationalisation progressive du monde. On retrouve, ici, cette dualité d'un monde sublunaire qui n'est pas simple copie du divin, qui "est un milieu entre les chaos et l'ordre, un chaos qui tend vers l'ordre, un ordre qui est impuissant à dominer entièrement le chaos".

Ainsi la justice est à faire, éternellement à faire : le rapport d'imitation est ici à l'oeuvre, marquant le cadre d'une action dont la raison délibérante définit les règles dans la limite de validité qui est celle de la doxa et non de la science.

La phronésis, vertu délibérante, est donc cette vertu intellectuelle qui permet la constitution d'un savoir faillible, certes, mais adapté à la possibilité d'une action dirigée rationnellement (147) dans un monde défini par sa contingence : "dans ce débat douteux entre la forme et la matière, entre la détermination et l'infini, entre Dieu et le monde, ou, comme le dit Aristote, entre le meilleur et le nécessaire, l'homme peut et doit prendre la relève d'un Dieu défaillant, pousser toujours le meilleur jusqu'aux limites extrêmes du nécessaire, occuper tout le champ du possible, tout en se souvenant que ce champ a des limites infranchissables" (148).

Pris dans un rapport d'imitation au divin, l'homme, dans la poursuite de sa fin qui est le bonheur et, par là aussi, dans la réalisation de la justice, se heurte à sa séparation d'avec Dieu: il se heurte aux limites de sa propre condition. Mais la production du juste, dans son écart infranchissable d'avec sa fin, est de l'ordre de l'humainement possible toujours poussé plus loin, inscrit qu'il est dans l'horizon du transcendant.

On retrouve donc le noyau spécifique de la métaphysique aristotélicienne : l'homme, à défaut de pouvoir diviniser le monde, l'humanise: "il ruse avec la contingence, l'utilisant contre elle-même... insinuant en ce monde un Bien qui n'est pas de ce monde, trouvant dans ses propres ressources, le substitut proprement humain d'une impossible éternité" (149).

(147) voy. sur l'analyse de la structure de l'action, les passages de l'Ethique à Nicomaque relatifs au problème de la décision; Aristote y montre notamment que "l'objet de la délibération, ce ne sera pas la fin mais les moyens" (Eth.Nic., III, 5, 1112 b 33); la fin étant l'objet du souhait (Eth.Nic., III, 6, 1113 a 15), la décision est un "désiré délibéré" (Eth.Nic., III, 5, 1113 a 9).

(148) P. AUBENQUE, La prudence..., p.142.

(149) ibidem, p.174.

La rationalité délibérante est le pendant de ces ressources humaines : elle ne peut se comprendre que dans le cadre du rapport d'imitation du divin. La production juridique, référée à cette rationalité (la norme du juste milieu qui définit le juste est l'oeuvre de la phronésis), se trouve ainsi fondée dans l'ordre de l'intellectualité, mais d'une intellectualité non scientifique, inscrite dans une ontologie de la contingence qui fait de l'homme le sujet d'une action guidée par le divin inatteignable.

Tributaire du présupposé métaphysique du rapport d'imitation, la lecture aristotélicienne de la rationalité juridique en reproduit l'efficace proprement mythologique.

Cette conclusion se dégagera encore plus nettement de l'étude des deux autres dimensions de la pensée juridique du Philosophe, lesquelles ne font que développer les effets liés à ce rapport droit-phronésis et à ses présupposés métaphysiques.

B. Droit et épieikéia.

L'ensemble des développements qui précèdent conduit nécessairement à une théorie des sources du droit qui pose l'équité comme nécessaire correctif de la loi.

La contingence dont se trouve affectée la réalité sublunaire est le signe de ce que, à l'encontre des affirmations des stoïciens, la "raison de Dieu" ne pénètre pas l'ensemble de l'Univers : il y a écart irréversible entre la loi et le particulier. Il n'y a pas absence de loi mais distance à jamais comblée.

Parallèlement, c'est toujours la même idée, on l'a vu, qui entraîne Aristote à inscrire la production du juste dans un discours qui se construit non pas démonstrativement mais rhétoriquement : le vrai dans les affaires qui sont portées au juriste n'est pas démontrable. Pour le juriste, comme pour le sage, il ne s'agit pas de "subsumer le particulier sous l'universel, le sensible sous l'intelligible; il s'agit, sensible et singulier soi-même, (de) pénétrer d'une raison plus "raisonnable" que "rationnelle" le sensi-

ble et le singulier; (il s'agit), vivant dans un monde imprécis, (de) ne pas chercher à lui imposer la justice trop radicale des nombres" (150).

Sur le plan des sources du droit, l'expression de cette construction est la théorie de l'équité. Tout s'interpénètre : logique du droit et non-mathématisation du discours juridique, théorie des sources, métaphysique, morale. Méconnaître cette interpénétration, c'est risquer de travertir la richesse et la cohérence subtile de la réflexion aristotélicienne sur le droit, réflexion qu'il a rarement explicitée mais que ses commentateurs ont trop souvent banalisée. De plus, c'est de cette interpénétration que des énoncés plus techniques comme ceux relatifs à l'équité peuvent recevoir leur véritable portée et aussi traduire leur efficacité qui sera de féconder une lecture mythologique du droit, dans un cadre de pensée qui, pourtant, portait à la démythologisation.

Aristote énonce clairement ce qui le conduit à poser l'équité comme nécessaire correctif de la loi : "mais si l'équité est telle; c'est que la loi est toujours une disposition universelle et que, en certains domaines, il est impossible de parler correctement en demeurant au plan de l'universel"...et, continue-t-il parlant de la loi qui renferme une part inévitable d'erreurs, "elle n'en est pas moins une bonne loi, car l'erreur n'est pas dans la loi, elle n'est pas davantage dans celui qui fait la loi, elle est dans la nature même du cas envisagé : la matière des actions morales est en effet, au plus profond d'elle-même, rebelle à une législation universelle" (Eth.Nic., V, 14, 1137 b 13 et sv) (151).

(150) P. AUBENQUE, La prudence..., p.152.

(151) Au cours d'une deuxième rédaction, Aristote reprend la même idée pour l'exprimer différemment : "Voici en effet la raison pour laquelle tout ne peut être déterminé par la loi : c'est qu'en certains cas, il est impossible de poser une loi, si bien qu'on a besoin de recourir au décret. A chose indéterminée il faut aussi une règle indéterminée, comme la règle de plomb utilisée pour la construction à Lesbos : la règle, bien loin de demeurer rigide, épouse les formes de la pierre; de même le décret s'adapte-t-il aux faits"Eth.Nic., V, 14, 1137 b 27-32.

La conséquence est posée juste après : "quand la loi pose une règle universelle et que survient un cas particulier qui échappe à cette règle universelle, il est alors légitime...d'apporter un correctif pour subvenir à cette omission, en édictant ce que le législateur édicterait lui-même s'il était là et ce qu'il aurait prescrit dans la loi s'il avait eu connaissance du cas en question" (Eth. Nic., V, 14, 1137 b 19-24).

On retrouve ici la vertu de sagesse qui, outre la connaissance de l'universel, implique la connaissance du singulier (152) : la mise en oeuvre de l'équité n'est pas oeuvre irrationnelle; comme l'indique Aristote ailleurs : "quant à ce que nous appelons le bon sens...celui qui nous fait dire que certaines personnes sont bienveillantes et qu'elles font preuve de bonté...c'est le jugement qui juge que quelque chose est équitable, s'il est correct...; or, correct il l'est, s'il juge équitable ce qui l'est vraiment" (153).

La position d'Aristote est cependant plus nuancée. La constatation de base, on l'a vu, est, comme l'indique M. Goldschmidt, que "les circonstances...c'est ce que la pensée humaine ne maîtrise

(152) "La sagesse n'a pas seulement pour objet les universaux, mais elle doit aussi connaître les singuliers car elle dirige l'action et l'action a pour domaine les singuliers", Eth.Nic., VI, 8, 1141 b 14.

(153) Eth. Nic., VI, 11, 1143 a 19 et sv.; notons que ce problème de l'équité est encore traité par Aristote, avec la même optique, dans la Rhétorique : "L'équitable semble être le juste, mais c'est le juste qui dépasse la loi écrite", Rhétorique, I, 13, 1374 a 26; remarquons la finale du passage: "être équitable...c'est considérer non la loi, mais le législateur qui l'a faite...c'est consentir qu'un différend soit tranché plutôt par la parole que par l'action, préférer s'en remettre à un arbitrage plutôt qu'à un jugement des tribunaux; car l'arbitre voit l'équité; le juge ne voit que la loi; l'arbitre n'a d'ailleurs, été inventé que pour donner force à l'équité", Rhétorique, I, 13, 1374 b 10-21; ce départage du rôle du juge et de l'arbitre, incident dans le texte, est intéressant parce qu'il présuppose du fonctionnement légaliste et formaliste de l'institution judiciaire.

pas" (154) et donc que "les lois énoncent seulement les généralités sans rien prescrire pour les circonstances particulières" (155). Il reste que, si Aristote en tire la conséquence d'un nécessaire correctif à la loi, et, par là, d'une possibilité pour le juge de statuer ex aequo et bono, la considération du rôle du juge, est limitée par d'autres biais.

Ainsi, dans la Rhétorique, analysant le rôle des plaideurs, du législateur et du juge, Aristote ne manque pas de signaler que "des lois bien faites, doivent, à la vérité, déterminer elles-mêmes autant de cas qu'il se peut, en laisser le moins possible à la décision des juges... (la raison la plus importante étant) que le jugement du législateur ne porte pas sur le particulier, mais sur le futur et le général, tandis que le membre de l'assemblée et le juge ont à se prononcer immédiatement sur des cas actuels et déterminés. Dans leur appréciation interviennent souvent amitié, haine, intérêt personnel; aussi ne sont-ils plus en état de se faire une idée adéquate de la vérité et leur jugement est-il obnubilé par un sentiment égoïste de plaisir ou de peine".

Le Stagirite continue en définissant ainsi l'office du juge : "il faut... abandonner le moins de questions possibles à la décision souveraine du juge; mais la nécessité veut qu'on lui laisse à décider si la chose s'est produite ou ne s'est pas produite, si elle sera possible ou impossible, si elle a ou n'a pas le caractère prétendu; car il ne se peut que le législateur prévoie ces choses" (156).

Ailleurs, reprenant cette même idée, Aristote la précise différemment : reconnaissant la nécessaire intervention souveraine du juge, vu l'imperfection qui s'attache à la loi de par sa généralité, il constate cependant, comme le signale M.J. Tricot, que

(154) V. GOLDSCHMIDT, La doctrine d'Epicure et le droit, op.cit., p.208.

(155) ARISTOTE, Politique, III, 15, 1826 a 10; voy. sur la fréquence de cette idée dans la pensée grecque F. D'AGOSTINO, Epieikéia - Il tema dell'equità nell'antichità Greca, Milano, 1973.

(156) Rhétorique, I, 1, 1354 b 11-15.

"la loi essaie au moins de parer à sa propre insuffisance en faisant l'éducation des hommes qu'elle charge expressément de la suppléer et qui sont ainsi imprégnés de son esprit" (157).

Cela traduit la reprise par le Stagirite de cette idée traditionnelle des Grecs dont on a vu l'avènement au VI^e siècle, à savoir la nécessité du gouvernement par la loi. Conscient de l'imperfection inévitable de celle-ci, Aristote n'adopte cependant pas la thèse platonicienne du "dépassement" de la loi par le roi-philosophe dont l'autorité reposerait sur la science.

Dans trois passages il se prononce pour le règne de la loi (158); ce qu'il importe de relever, cependant, ce n'est pas seulement le principe ainsi posé mais sa justification. En effet, dans chaque cas cette justification est semblable (159) : un passage du Stagirite l'exprime clairement : "...l'être affranchi de tout facteur passionnel est généralement supérieur à l'être dans lequel la passion est quelque chose d'inné; or, tandis que ce facteur est étranger à la loi, toute âme humaine le possède inéluctablement" (160).

- (157) J. TRICOT, Aristote - La Politique, nouv. trad; op.cit., p. 248, note 2; le texte d'Aristote est le suivant : "...mais bien certainement toutes les choses de détail que la loi apparaît impuissante à définir, un être humain ne pourrait pas non plus les connaître. Or, la loi donne aux magistrats une formation spéciale à cet effet, et les prépose à déterminer et administrer les matières laissées par elle dans l'indécision en les livrant "à leur appréciation la plus juste", Politique, III, 16, 1287 a 24-25; la même idée est encore reprise de manière très explicite par le Stagirite un peu plus loin : "...chaque magistrat pris individuellement juge bien quand il a reçu une formation suffisante de la loi, "Politique, III, 16, 1287 b 25; voy. aussi, mais pour une analyse purement descriptive de l'utilisation rhétorique du recours à l'équité à l'encontre des lois écrites, jugées défavorables par le plaideur ou, au contraire, de la nécessité invoquée par le plaideur, ou, par le juge de ne pas chercher à être plus sage que la loi, Rhétorique, I, 15, 1375 a 25 - 1375 b 25.
- (158) Eth. Nic., X, 10, 1180 a 22-23; Politique, III, 15, 1286 a 16 et sv. et III, 16, 1287 a 1 et sv.
- (159) Nous ne revenons évidemment pas ici sur les motifs, déjà évoqués, du rejet par Aristote de la théorie platonicienne de la vertu - science.
- (160) Politique, III, 15, 1286 a 17-19.

Cette justification conduit aux définitions qu'Aristote donne de la loi : "la loi est une raison libre de désir" (161); "...(la loi) est une règle théorique procédant d'une sagesse et d'une intelligence" (162) ou encore, l'expression est mise dans la bouche des défenseurs du règne de la loi, "vouloir le règne de la loi, c'est, semble-t-il, vouloir le règne exclusif de Dieu et de la raison" (163).

On ne peut ici que souligner la portée mythologique de ces diverses citations. Les quatre éléments qu'on vient de noter sont très significatifs du point de vue où nous nous situons. Si un correctif doit être apporté à la règle universelle, le juge doit rester lié à la figure du législateur. Bien plus, la parole du juge doit être limitée au maximum, le moins de cas devant être laissés à son pouvoir d'appréciation. Le troisième élément traduit la même idée : le juge doit être éduqué dans l'esprit de la loi. Enfin, la loi se trouve définie comme raison libre de désir et se présente, auréolée du prestige du divin et de la raison.

On retrouve ainsi les traits qui fondent la rationalité mythologique du discours juridique et assurent à l'ordre du Texte ce rôle de signifiant-maître auquel ne peuvent que s'identifier imaginativement les agents qui parlent en son nom.

Le système juridique trouve là une représentation qui en fait un discours vécu sur le mode de la transparence imaginaire; les vides de son incomplétude sont reconnus mais son organisation et sa pratique interprétative sont dispensés dans un jeu de repères qui en déterminent la clôture. L'ordre de la loi, pour être pensé sur le mode de l'idéal unitaire, contraint ses agents à ne "parler" que dans le cadre de sa contexture logique postulée.

La philosophie aristotélicienne de la loi, précisément parce qu'elle est grande, ne limite cependant pas la signification

(161) Politique, III, 16, 32.

(162) Eth. Nic., X, 1180 a 21.

(163) Politique, III, 16, 1287 a 32.

de ces citations à celle qu'on vient de relever.

La théorie de la loi du Stagirite traduit en fait une ambivalence qu'on peut référer aux caractéristiques mêmes du rapport homme-Dieu, rapport de séparation et d'imitation. C'est dans cette perspective qu'il faut interpréter l'alliance de la loi et de la raison, du nous et du nomos, du logos et du nomos, alliance qu'on retrouve déjà chez Platon (164). La portée d'une telle relation ne peut être dégagée, en effet, que si on la rapproche, ainsi que le suggère M. Tricot (165), d'un autre passage d'Aristote, le livre X de l'Ethique à Nicomaque (et plus spécialement, Eth. Nic., X, 7, 1177 b 26 et sv.).

Dans ce dernier passage, le Stagirite y définit d'abord le bonheur parfait comme l'activité selon la vertu la plus haute, c'est-à-dire l'activité de l'intellect, la contemplation (166) au sens de science des êtres les plus sublimes (167), de regard porté sur le divin.

Comme l'indique cependant MM. R.A. Gauthier et J.Y. Jolif, si ce regard porté sur le divin constitue, comme activité intellectuelle, la perfection et le bonheur de l'homme, "il n'apparaît

(164) PLATON, Lois, I, 644 d, e et 645 a; IV, 713 e - 714 a.

(165) J. TRICOT, op.cit., p.248, note 5.

(166) Eth. Nic., X, 7, 1177 a 12 et sv.; remarquons, comme le rappellent MM. R.A. Gauthier et J.Y. Jolif (op.cit., t.II, p.874), que l'intellect ici visé par Aristote est "l'intellect platonicien"; dans ce passage, le Stagirite ne distingue pas, comme au livre IV, intellect spéculatif et intellect pratique. A cet égard, les mêmes auteurs (voy. dans le même sens M. VERBEKE, "l'Evolution de la psychologie d'Aristote", Revue philosophique de Louvain, 46 (1948), pp.343-345, contra J. LEONARD, Le bonheur chez Aristote; Mémoire de l'Académie Royale de Belgique, classe des Lettres, XLIV, 1, 1948, pp.201-208) signalent que les chapitres 7-9 du livre X de l'Ethique à Nicomaque constituent un morceau ancien "antérieur même à l'Ethique à Eudème et toute proche du Protreptique dont il reprend la psychologie platonicienne... (mais) que c'est Aristote lui-même qui a inséré à cette place dans son cours de morale ce morceau ancien, dont l'idée centrale restait à ses yeux valable, même si la façon dont elle est exprimée relève pour une part d'un stade de sa pensée dès lors dépassé" (ibidem).

(167) voy. J. LEONARD, op.cit., pp.138-145.

pas, à s'en tenir à ce point de vue, que ce soit parce que ce qu'on regarde, c'est Dieu; bien plutôt est-ce parce que ce qui regarde, c'est l'homme qui, dans ce regard, s'achève" et les mêmes auteurs de relever, en commentant le célèbre texte parallèle d'Aristote (De Partibus animalium, I, 5, 644 b 22 - 645 a 4), la métaphore de la relation d'amour pour rendre compte de la joie insigne que provoque la contemplation (168).

Par la suite, Aristote (Eth. Nic., X, 7, 1177 b 26 - 1178 a 6) se demande si ce n'est pas là "vie trop haute pour être une vie d'homme? Car ce n'est pas en tant qu'il est homme que l'homme vivra de la sorte, mais en tant qu'il a en lui quelque chose de divin...", pour répondre cependant "...qu'il faut...autant qu'il est possible, se conduire en Immortel et tout faire pour vivre de la vie de ce qu'il y a en nous de plus haut... (c'est-à-dire) la vie selon l'intellect s'il est vrai que c'est cela qui est, par excellence, l'homme".

On retrouve donc ici le problème déjà signalé de la séparation homme-Dieu et de la tension de l'homme vers Dieu, c'est-à-dire celui du rapport de séparation et d'imitation et celui de la théorie du Premier Moteur désirable (169).

- (168) Les auteurs relèvent dans le texte d'Aristote précité "l'évocation de ce qui, plus que l'épanouissement de l'intellect qui, pour sa part, reste alors insatisfait, fait dans une telle contemplation notre joie : le désir lancinant et amoureux qu'elle comble" (op.cit., p.857).
- (169) A propos de ce dernier passage d'Aristote, M. Aubenque note que l'expression "autant qu'il est possible" "signifie que nous devons tendre à l'immortalité, tendre à imiter Dieu, sans que nous soyons assurés d'y parvenir jamais entièrement"; reprenant cette idée, il constate que pour Aristote "l'homme trouve son plaisir dans l'acte, qui est toujours, à son niveau propre, une "imitation" de l'acte divin, mais, alors que l'acte de Dieu est à lui-même sa propre fin, l'acte humain n'atteint sa fin qu'autant qu'il est possible" (La prudence..., pp.172-173).

Dans le même sens, on perçoit l'imbrication de la théorie de la loi dans ce cadre de pensée d'Aristote : le concept de loi est la traduction sur le plan de la technique juridique et de l'organisation de la cité du rapport de l'homme au divin : il tire son sens et son fondement de la relation d'imitation qui définit ce rapport. La loi est, comme cadre formel, ce par quoi l'organisation de l'Etat assurera le mieux la fin qui est la sienne et qu'Aristote définit comme "la vie de bonheur" (170).

De sa relation à l'intellect et au divin la loi tire son titre de légitimité (elle est l'instrument privilégié d'organisation de la cité) ainsi que le principe de son autorité et la légitimation de la relation de subordination qu'elle institue à l'égard de ses destinataires (171). Une telle considération de la primauté de la loi implique aussi que les gouvernants soient tenus pour "gardiens des lois" (172), qu'il soit reconnu à la loi "un caractère plus général et plus définitif" qu'aux autres décisions populaires (173) et que la stabilité dans le temps lui soit assu-

(170) Politique, III, 9, 1280 b 39.

(171) Signalons à ce propos, ce passage où Aristote établit que "l'autorité et la subordination sont non seulement des choses nécessaires, mais encore des choses utiles... (que) la dualité de ce qui commande et de ce qui est commandé... relève d'une loi universelle de la nature..." et que, dans cette perspective, "c'est en premier lieu dans l'être vivant... qu'il est possible d'observer l'autorité du maître et celle du chef politique : l'âme, en effet, gouverne le corps avec une autorité de maître et l'intellect règle le désir avec une autorité de chef politique et de roi", Politique, I, 5, 1254 a 21; I, 5, 1254 a 30-32; I, 5, 1254 b 1-5.

(172) Politique, III, 16, 1287 a 21 (l'expression est mise dans la bouche des défenseurs du régime de la loi).

(173) J. de ROMILLY, op.cit., p.211, qui note, par ailleurs, que la distinction est ainsi faite, suivant le degré de généralité de la norme, entre norme et décret : "le désir de conférer à la loi une plus grande autorité a donc été à l'origine d'une mise au point institutionnelle qui survit dans le monde actuel (p.212). On ne peut que souscrire à cette constatation (cf. supra, nos analyses de l'organisation institutionnelle du système juridictionnel contemporain); voy. aussi sur ce problème le remarquable travail de G.GLOTZ, La civilisation Grecque, Paris, 1965, pp.452 et sv.).

rée (174).

La théorie de la loi du Stagirite présente ainsi deux aspects : le premier, lié au relevé de l'incomplétude de la norme légale, d'où émerge la théorie de l'*épíeikéia*; le second, lié à l'association nous-nomos, d'où se tire le principe de la validité de la loi.

Une dernière remarque, enfin, peut être formulée concernant cette problématique.

La théorie aristotélicienne de la loi gagnera, en effet, en précision d'être rapprochée du passage du livre V de l'Ethique à Nicomaque où Aristote dégage le premier sens du juste objectif, celui qu'il désigne sous la vocable de "juste légal".

Dès le départ de son raisonnement sur le type de juste milieu que constitue la vertu de justice, Aristote constate que l'expression "homme injuste" doit s'entendre en deux sens : "c'est celui qui viole la loi et c'est aussi le cupide. Par suite, il sau-
te aux yeux, poursuit-il, que l'homme juste, c'est celui qui res-
pecte la loi et que c'est aussi celui qui sauvegarde l'égalité...
la notion de justice correspond (donc) aux notions de légal et d'
égal" (Eth. Nic., V, 2, 1129 a 32-35).

Dans son explicitation du juste légal, le Stagirite note ensuite : "c'est...ce qui est défini par la législation qui est chose légale, et, de chacune des choses ainsi définies, nous affir-
mons qu'elle est juste" (Eth. Nic., V, 3, 1129 b 14).

Cette affirmation, dans sa littéralité, laisserait croire à un positivisme du type de celui d'Epicure et, comme le souligne M. Castoriadis, ne manque pas de poser des problèmes considérables (175). Ce serait cependant à nouveau réduire Aristote que de l'interpréter dans ce sens. Les phrases qui suivent viennent, d'une certaine manière, nuancer ce qui précède : d'une part, la loi est

(174) voy. sur ceci, notamment, G.D. CONTOGIORGIS, La théorie des révolutions chez Aristote, Paris, 1978, pp.247 et sv.

(175) C. CASTORIADIS, "Valeur, égalité, justice, politique, de Marx à Aristote et d'Aristote à nous", loc.cit., pp.275 et sv.

définie comme déterminant toutes choses "en visant à l'intérêt commun, soit de tous les membres de la cité, soit des principaux..": est mis ici en place un critère limitatif qui sera, par ailleurs, repris plus tard dans la Politique pour distinguer les bonnes constitutions des constitutions dépravées (176); d'autre part, Aristote spécifie aussi la loi par sa fonction qui est de produire et conserver "le bonheur et les parties constituantes du bonheur pour la communauté politique" et considère qu'elle s'en acquittera bien "si elle a été correctement portée et mal si elle a été bâclée" (Eth. Nic., V, 3, 1129 b 24).

L'important, pour nous, est de constater que même si Aristote n'affirme pas dans ce passage que toute loi en fait est juste, ce qui travaille ce texte est la réaffirmation du caractère privilégié de la loi comme structure formelle, et, par là, de la relation déjà signalée logos-nomos. La loi, comme ordre du Texte, comme parole instituée, est le cadre à partir duquel est rendue possible l'éducation des gens à la vertu et par là au bonheur. La fonction symbolique de la loi est en quelque sorte neutralisée, immunisée, ou, ce qui revient au même, est définie comme transparente, instrument de rationalité dans cette marche incessante vers la réalisation de la fin de la cité.

Ce qui ainsi se trouve sous-jacent au texte, c'est notamment, du fait de cette indentification de la loi au juste, la valorisation de l'ordre de la loi comme ordre textuel (177). Se repère donc, à nouveau, la portée mytho-logisante de la lecture aristotélicienne du droit.

(176) Politique, III, 6, 1279 a 17-21; III, 7, 1279 a 28-31.

(177) Comme on s'en rend compte, nous ne partageons pas pleinement la présentation que M. Villey donne de ce passage d'Aristote. M. Villey définit comme suit la justice légale : "toute conduite qui paraît conforme à la loi morale" (La formation de la pensée juridique moderne, nouvelle édition, Paris, 1975, p.39); or, MM. R.A. Gauthier et J.Y. Jolif s'autorisant de l'autorité de Bonitz, ont bien montré que, par le terme nomina dans Eth. Nic., V, 3, 1129 b 12, Aristote pense aux nomoi (définis par ces auteurs, reprenant là Xénophon, comme "ce que le peuple, après s'être rassemblé et mis d'accord a couché par écrit pour indiquer ce qu'il faut faire et ce qu'il ne faut pas faire", avec cette nuance que le terme doit aussi s'étendre aux lois non écrites). Il s'en déduit que, sans nier aucunement l'intérêt pour le juriste de la seconde acception du juste chez Aristote, la première acception, contrairement à ce que semble indiquer le professeur Villey, nous paraît aussi très suggestive de la conception aristotélicienne du droit par la théorie de la loi qu'elle présuppose.

Une troisième dimension de la théorie du droit d'Aristote, intimement liée aux deux premières, doit être maintenant signalée: celle du rapport phusis-nomos qui engage toute la problématique du droit naturel.

Comme nous tenterons de le montrer, à l'instar des deux autres, cette troisième dimension traduit, dans sa complexité et sa richesse, le même cadre de référence, celui dont nous avons dit que, bien qu'extérieur à la théorie du droit du Stagirite, il en était le point d'ancrage: le rapport d'imitation, l'ordre du "comme si" qui lui est lié et leur efficace mythologique.

C. Droit et phusis.

En ce point se situe peut-être la question la plus difficile de la théorie aristotélicienne du droit, parce que, sans doute la plus embarrassante pour le Stagirite lui-même, celle où, à propos du droit, ses formulations apparaissent contradictoires, traduisent à tous le moins le plus nettement le caractère aporétique de sa démarche sur le nomos et son rapport à la phusis.

Question difficile mais en même temps profondément signifiante dans son existence même, non pas à raison des sempiternels lieux communs que défenseurs ou détracteurs du droit naturel ont pu énoncer, mais parce qu'horizon inévitable, sans doute, de toute réflexion sur le droit et signe d'une recherche fondationnelle liée à cette volonté de savoir dont Michel Foucault a tenté d'esquisser l'efficace de manière si pénétrante et suggestive (178).

Nombre de commentateurs théoriciens du droit se sont contentés de reprendre la lettre de certains passages du Philosophe, présupposant ainsi résolue la portée du rapport droit-nature dans la pensée aristotélicienne (179). Telle n'a pas été la position, notamment, de M. Villey (180) qui s'est efforcé de décrypter la spécificité du iusnaturalisme d'Aristote; si nous ne partageons pas

(178) in, notamment, L'ordre du discours, Paris, 1971.

(179) ainsi, notamment, M. HAMBURGER, Morals and Law, ..., op.cit., pp. 59 et sv.

(180) essentiellement dans un article intitulé "Abrégé du droit naturel classique", loc.cit.; pour une bibliographie sur la question de la conception aristotélicienne du droit naturel, voy. supra note 127.

totale­ment la conception qu'il s'en fait, on ne peut qu'applaudir à cette volonté de rendre compte de la difficulté du problème. Tentons ici, simplement, de cerner le sens et la portée de ce débat chez Aristote.

Le problème du juste selon la nature est abordé par le Stagirite à différents endroits : les expressions les plus révélatrices nous paraissent être les suivantes : "la loi est tantôt particulière, tantôt commune. Par loi particulière, j'entends la loi écrite qui régit chaque cité; par lois communes, celles qui, sans être écrites, semblent être reconnues par le consentement universel" (181).

Plus loin, Aristote, reprenant la même idée, constate : "par loi, j'entends d'une part la loi particulière, de l'autre, la loi commune; par loi particulière, celle qui, pour chaque peuple a été définie relativement à lui; et cette loi est tantôt non écrite; par loi commune, j'entends la loi naturelle car il y a une justice et une injustice dont tous les hommes ont comme une divination et dont le sentiment leur est naturel et commun, même quand il n'existe entre eux aucune communauté ni aucun contrat..." (182).

Enfin, il y a le fameux passage du livre V de l'Ethique à Nicomaque où Aristote distingue au sein du juste politique, le juste naturel et le juste conventionnel et où, réfutant la thèse des sophistes, il affirme le caractère variable du juste naturel

(181) Rhétorique, I, 10, 1368 b 7-8.

(182) et Aristote de citer l'Antigone de Sophocle pour exemplifier ce qu'il entend par loi naturelle - Rhétorique, I, 13, 1373 b 14-12. Remarquons qu'entre ces deux passages de même portée une contradiction paraît exister, indifférente à notre propos, sur la portée de la loi non écrite : c'est par ce relevé, d'ailleurs, que s'ouvre le livre déjà cité de R. Hirzel sur les lois non écrites. Mme de Romilly nous semble cependant avoir définitivement éclairé cette apparente contradiction (op.cit., p.47).

(183) dans des termes, cependant, dont nous verrons qu'ils posent question.

Or, il y a, nous paraît-il, entre les deux premiers textes et le passage du livre V de l'Ethique à Nicomaque un glissement qui traduit implicitement un embarras que le style même de ce dernier passage exprime. Alors que les citations de la Rhétorique paraissent affirmer l'existence d'une loi naturelle de tendance universaliste, le livre V de l'Ethique à Nicomaque inaugure une réflexion qui tend à concilier juste naturel et historicité - conciliation qu'Aristote affirme plutôt qu'il ne l'explique et dont le sens ne se laisse pas clairement dégager.

La difficulté du passage, trop souvent masquée, n'a pas échappé aux interprètes éclairés, tel M. E. Weil qui, à ce propos, constate : "contradiction plus forte, plus nue est-elle concevable? Si seulement il ne s'agissait pas d'Aristote que même ses pires adversaires n'ont jamais considéré comme un sot et dont le faible pour la logique lui a été assez souvent reproché" (184).

- (183) Eth. Nic., V, 10, 1134 b 18 - 1135 a 4; signalons que dans la Grande Morale (I, 34, 1195 a 3-8) Aristote avait exclu le juste naturel du juste politique; voy. aussi pour d'autres passages du même ordre, Eth. Nic., V, 12, 1136 b 33; I, 1, 1094 b 14-15; Réfut. Sophist., 25, 180 b 34.
- (184) E. WEIL, Essais et conférences, t.I, Paris, 1970, p.179. Dans le même ordre d'idées, on peut signaler un glissement parallèle, nous semble-t-il, dans l'interprétation que donne M. Villey de la théorie aristotélicienne du droit naturel. En 1957, M. Villey qualifiait encore le système du Stagirite de statique ("au système statique d'Aristote nous substituons l'idée d'un droit en évolution... l'histoire a prouvé le caractère mouvant du droit, elle nous interdit le retour au rêve ancien des lois naturelles statiques", "Essor et décadence du volontarisme juridique", Archives de philosophie du droit, 1957, p.97 et Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, 1962, p.282. Par la suite, on le sait, la présentation du même système par cet auteur, a souligné, au contraire, l'historicité du droit naturel aristotélicien, "Abrégé du droit naturel classique", loc.cit., pp.109 et sv.

A l'effet d'interpréter la position d'Aristote sur le droit naturel, nous commencerons par présenter succinctement diverses interprétations existantes; ensuite, sur base des insuffisances que nous croyons pouvoir constater en leur sein, nous esquisserons les bases de notre propre lecture.

Par-delà les positions de ceux qui se sont contentés de rapporter le iusnaturalisme d'Aristote à son essentialisme (185), trois interprétations plus approfondies de cette question ont été proposées. On en trouve notamment l'expression, respectivement, chez MM. E. Weil, M. Villey et H.H. Joachim. Nous exposerons, ici, les interprétations des deux premiers, celle de M. Joachim, dont le travail sur le texte du Philosophe est plus serré, sera analysée lors de notre propre examen du texte aristotélicien.

M. E. Weil définit le juste naturel d'Aristote comme "ce sans quoi il n'existerait ni Etat, ni loi... (cadre au sein duquel) il y a ... ce qui peut être fixé arbitrairement à seule condition qu'une fois fixée, la règle soit suivie par tous" (186).

Précisant cette idée du juste naturel comme "structure fondamentale de l'Etat", M. Weil remarque que cette idée ne s'identifie pas avec la constitution de l'Etat bon, approchée par le Philosophe dans sa politique, dans la mesure où Aristote lui-même "donne également une sorte de théorie hypothético-déductive des formes (constitutionnelles) qu'il juge aberrantes...même la tyrannie qui, en un certain sens est contre nature-contraire à la nature du vrai, du bon Etat-possède sa nature à elle et elle prospérera ou périra selon qu'elle vivra ou non en accord avec cette nature"(187)

Reprenant la même idée un peu plus loin, l'auteur définit le juste naturel "comme ce dont l'absence rend impossible l'existence réelle, autrement dit efficace, d'un système de loi positive" ou comme "ce qui ne détruit pas la communauté, ce qui ne rend pas

(185) Sans parler de celles de ces auteurs, nombreux parmi les juristes, qui identifient le iusnaturalisme aristotélicien à celui qui se construira à l'époque moderne.

(186) E. WEIL, op.cit., p.180.

(187) ibidem, p.181.

impossible la coexistence" (188).

La même idée est encore précisée par l'auteur lorsque, reconnaissant que la question du juste naturel ne se pose pas toujours et partout mais est née dans sa revendication d'universalité avec l'émergence dans l'histoire de la société moderne, il affirme cependant que ce juste comme fond-fondement existe partout, mais est partout différent : "il n'est pas le même dans une communauté traditionnelle, dans une organisation politique de type tyrannique, dans l'Etat d'une société moderne" et de poursuivre, "la société moderne possède sa nature, en ce sens bien précis que ses buts ne peuvent être atteints qu'au prix de l'acceptation des moyens dont elle a montré la nécessité. Dans cette société et pour cette société, il existe un juste de nature, un juste qui correspond à sa nature et n'est pas le juste de n'importe quelle forme de société. A l'intérieur des limites que décrit ce juste, l'homme, comme partout, peut se comporter comme il le désire : mais comme partout, s'il dépasse ces bornes, il devient déraisonnable et injuste, c'est-à-dire, il détruit la société ou il se détruit lui-même dans une lutte désespérée contre la société" (189).

Même si la pensée philosophique de M. Eric Weil ne peut en aucune façon être qualifiée de positiviste, la définition donnée ici du juste naturel et prêtée à Aristote nous paraît en tout point rappeler le positivisme juridique épicurien, ancêtre, comme l'a bien montré M. V. Goldschmidt, du positivisme kelsenien (190).

(188) ibidem, p.183; c'est nous qui soulignons le terme "efficace" car il signifie bien, nous paraît-il l'interprétation de M. Weil. Remarquons aussi que, pour cet auteur, une telle interprétation permet de concilier les thèses positivistes et ius-naturalistes en tant qu'une telle définition du juste de nature fait de ce dernier le fondement inévitable des lois, à tout le moins de celles "qui ont une chance de durer" (p.184), tout en laissant intacte la validité des arguments positivistes contre une prétendue loi naturelle qui ne pourrait être qu'universelle.

(189) ibidem, p.193.

(190) V. GOLDSCHMIDT, op.cit., passim (notamment, pp.141, 171,247).

L'historicité du juste naturel est ramenée à ce qui est défini par chaque type de communauté (191), à l'instar de la conception épicurienne du juste qui, identifié à l'utile par quoi le droit se définit comme pré-notion, se dilue dans les diverses interprétations qui en sont faites tout en se perpétuant comme cadre formel.

Une telle lecture du texte aristotélicien paraît difficilement recevable. En effet, comme le remarque très judicieusement M. V. Goldschmidt, au-delà de l'isolement théorique de la position épicurienne dans la pensée grecque, "c'est à peine et avec beaucoup de complaisance (qu') on peut lui trouver...un prédécesseur en la personne d'Aristote" (192).

Si nous admettons avec M. Weil que le passage d'Aristote dans le livre V de l'Ethique à Nicomaque, consacré à réfuter la thèse des sophistes, aboutit à rejeter la thèse de l'universalité matérielle du droit naturel, le juste naturel chez Aristote ne se réduit pas aux limites que constitue la structure de chaque société.

Le caractère normatif du juste naturel, dans cette dernière interprétation, se trouve ramené à un rapport de conformité de la partie au tout; or la portée normative du juste naturel chez Aristote est plus vaste : en atteste, notamment, la finale du passage précité où le Stagirite affirme "qu'il n'y a en tout lieu qu'une

(191) A cette interprétation nous paraît aussi pouvoir être rattachée celle développée par M. J. Ritter (Naturrecht bei Aristoteles, Stuttgart, 1961). En effet, si à juste titre cet auteur considère que "Man wird von vorneherein ausschliessen dürfen, das er im Sinne der späteren Naturrechtstheorie ein "Naturrecht" der positiven Gesetzsetzung als ein zweites an sich und immer gültiges Recht entgegenzusetzen sucht" (op.cit., pp.20-21), le juste par nature d'Aristote est défini comme ce qui est donné avec la cité, comme ce qui est constitué éthiquement par les moeurs et la coutume de chaque cité : "Recht wie Verfassung haben keine Selbständigkeit. Sie ordnen ein in sich bereits ethisch in Sitte und Gewohnheit verfastes (und nicht ein noch ordnungs- und bestimmungsloses) Leben noch normen, die nicht erst durch den Gesetzgeber gesetz werden, sondern ihm "etisch" vorgegeben sind" (op.cit., p.25).

(192) op.cit., p.141.

seule constitution conforme à la nature, et c'est la meilleure" (193).

L'interprétation de M. Villey est radicalement différente de celle de M. Weil.

Selon le professeur Villey, la doctrine du droit naturel d'Aristote, qualifiée de classique pour la différencier de celle qui allait éclore au XVI^e siècle, définit essentiellement une théorie des sources du droit et une méthode d'investigation répondant à la spécificité de la fonction du juriste.

Du point de vue de la théorie des sources, la réponse d'Aristote serait que "nous extrayons d'abord le juste de l'observation de la nature...; de l'observation des tendances naturelles de l'action humaine, nous tirons du droit...; partir de l'observation de la nature, puiser à des sources objectives, c'est la seule procédure capable de nous apporter une morale non plus formelle, mais cette fois chargée de contenu; de nous doter de règles de conduite...; (de même pour le juriste) une définition des rapports entre deux personnes ne saurait venir que d'une source extérieure à ces deux personnes : où donc irons-nous la puiser? Sera-ce dans la loi positive? Nous livrerons-nous en esclave au légalisme...il n'est plus d'autre procédure que d'interroger la nature et de tenter de reconnaître l'ordre que peut-être elle recèle; objectif, et donc juridique...(seul l'ordre de) la nature est susceptible de rendre aux questions du juriste des réponses substantielles" (194).

Le présupposé qui, selon M. Villey, sous-tend cette conception d'Aristote est que "la notion de nature implique référence aux fins, telle que l'on puisse en inférer des connaissances normatives. L'observation de la nature est donc plus que l'observation des faits de la science moderne. Elle n'est pas neutre et passivement descriptive, elle implique le discernement actif des valeurs" (195).

(193) Eth. Nic., V, 10, 1135 a 4.

(194) op.cit., pp.133-136.

(195) M. Villey, La formation de la pensée juridique moderne, nouvelle édition, Paris, 1975, p.46.

La même interprétation se retrouve dans la lecture que M. Villey opère du droit naturel aristotélicien conçu comme méthode: "le droit naturel est une méthode expérimentale...serve de l'observation... Réaliste et non point du tout idéaliste, Aristote pratique une méthode d'observation : à la manière d'un botaniste, il collecte les expériences des empires et cités de son temps" (196). La méthode d'approche du juste se différencie ainsi de celle de la science définie comme "connaissance certaine qui se déduit de principes certains" : "Si nous avions accès au plan de l'artisan divin de la nature, si nous possédions la formule qui définit l'être de l'homme, il nous serait possible d'en déduire des conclusions sûres. Mais ce n'est pas le cas. La nature est une inconnue dont nous poursuivons le secret inlassablement à travers l'expérience sensible. Le droit est l'objet d'une recherche jamais close qui s'opère par la dialectique et sur la base d'observations" (197).

Le droit ainsi se fonde sur un ordre naturel que "tous peuvent lire dans les choses, tous peuvent et doivent reconnaître" (198). Cette "déficience" du droit naturel qui produit l'impossibilité de couler le juste naturel en règles rigides, est cependant le signe de sa richesse relative; dans son imperfection et relativité même, "la méthode du droit naturel classique donnait des lois souples, adaptées aux circonstances de lieu et de temps" (199).

Si le caractère changeant du juste naturel traduit l'impossibilité de définir le juste idéal (200), cela importe peu; la mé-

(196) op.cit., pp.50-51.

(197) op.cit., p.52.

(198) op.cit., p.56.

(199) "Abrégé de droit naturel classique", loc.cit., p.139.

(200) Sur ce point précis, une même interprétation est donnée par M. H.H.G. Gadamer (Vérité et méthode, op.cit., p.161), qui rapporte la variabilité du droit naturel à la circonstance que "la nature de la chose laisse encore une marge de mobilité pour la fixation du droit légal, variabilité qui, par ailleurs, traduit le caractère herméneutique du discours normatif.

thode dialectique permet de définir "le juste que cherche le juriste, le juste dont nous avons besoin, (qui) est la solution adaptée à notre condition présente, à la mobilité présente de la nature humaine" (201).

Pour cerner la portée du droit naturel chez Aristote et éventuellement nuancer les deux modèles interprétatifs précités, il importe de partir du texte lui-même : nous y verrons se condenser, en ce point ultime de la pensée de l'auteur sur le dikaion, toute la structure de pensée préalablement engagée.

Le texte se réduit à quatre idées.

Dans un premier temps, Aristote définit le juste naturel par rapport à cette autre composante du juste politique qu'est le juste conventionnel : "Est naturelle une détermination qui possède en tout lieu même valeur et qui ne dépend en rien du fait que l'opinion publique lui accorde ou lui refuse cette valeur. Appartient au contraire au juste conventionnel ce qui, à l'origine, peut être indifféremment fait de telle ou telle façon mais qui ne le peut plus une fois que l'on a posé qu'il faut agir de telle façon déterminée" (Eth. Nic., V, 10, 1134 b 19-20).

En un deuxième temps, le Stagirite, réfutant la thèse des sophistes, dispose que, "encore qu'il y ait bien un juste naturel, toutes les règles de justice n'en sont pas moins soumises au changement. Et néanmoins, il y a une justice dont la source est la nature et une justice dont la source n'est pas la nature" (Eth. Nic., V, 10, 1134 b 29-30).

Dans un troisième temps, à la question de savoir comment déterminer les règles qui tiennent à la nature des choses par rapport à celles qui sont seulement conventionnelles, si toutes sont sujettes au changement, Aristote se contente de répondre que "ce qui est bien clair, du moins, c'est que la même distinction est valable aussi dans les autres domaines : par exemple, c'est par nature que la main droite est plus robuste que la gauche et pourtant

(201) "Abrégé de droit naturel classique", loc.cit., p.143.

n'importe qui peut devenir ambidextre" (Eth. Nic., V, 10, 1134 b 33-34).

Enfin, dernière idée et non des moins problématiques, Aristote, après avoir constaté que "les règles de justice qui ne sont pas fondées sur la nature mais déterminées par l'homme ne sont pas partout les mêmes, étant donné que les formes de gouvernement ne sont pas non plus les mêmes" (Eth. Nic., V, 10, 1135 a 3), dispose qu'"il n'en reste pas moins qu'il n'y a en tout lieu qu'une seule constitution conforme à la nature, et c'est la meilleure" (Eth. Nic., V, 10, 1135 a 4).

Comment articuler ces quatre idées? S'y trouvent affirmées à la fois l'universalité et la variabilité du juste naturel; de même s'y trouvent associées les idées de changement et d'unicité (il n'y a en tout lieu qu'une seule constitution conforme à la nature).

Les exégèses de l'Ethique à Nicomaque nous sont, à cet égard, de peu de secours. Ainsi, si l'on se réfère à M. H. H. Joachim (202), la variabilité du juste naturel ne paraît point poser problème; voici l'interprétation qu'il en donne : "All rights, at any rate in human society are variable but there is sufficient difference of degree in their variability to justify the distinction between *phusei* and *nomon dikaion*. For we must remember that the law of nature too admit of exceptions. Thus, for example, it is a law of nature that man is right-handed...Nevertheless, some men are left-handed and perhaps all men could become ambidextrous. Thence there are political rights which are *phusei*, although they are variable and do not hold universally- at all times and in all states. We must apply the same conception, which enables us to distinguish what is *phusei* in the world of natural phenomena, to distinguish what is *phusei* from what is mere matter of convention in the world of rights and legal obligations" (203).

(202) H.H. JOACHIM, The Nicomachean Ethics, 4^e éd., Oxford, 1970.

(203) op.cit., p.155.

Une telle interprétation réduit , nous paraît-il, la portée du texte aristotélicien.

Il faut remarquer, en effet, que le commentaire que M. Joachim donne de la métaphore aristotélicienne de la main droite traduit , en même temps, une explication de la variabilité du phusei dikaion que le texte du Stagirite ne semble pas autoriser.

La référence à la main droite vise, comme Aristote le signale explicitement, la distinction entre le juste naturel et le juste conventionnel et non point le rapport de variation qui définit le juste naturel.

Or, M. Joachim entend, semble-t-il, se situer aussi sur ce deuxième plan en présentant la variabilité du phusei dikaion comme réductible au schéma norme-exception.

Il est clair que l'idée de "vérité statistique", pour reprendre l'expression de M. Weil (204), qui définit les phénomènes naturels chez Aristote et transparaît dans le texte de M. Joachim, sous-tend la variabilité du juste naturel chez le Stagirite; il reste, comme nous le verrons, que le juste naturel nous paraît s'intégrer dans une conception plus souple, plus subtile, que celle corrélative au schéma norme-exception posé par M. Joachim.

L'exégèse des Pères Gauthier et Jolif nous paraît, à cet égard, plus rigoureuse et féconde. S'ils réfèrent, comme il se doit, la variabilité du juste naturel "à la présence (au sein des choses de nature) d'une certaine matière" (205), ils mettent l'accent sur le caractère problématique du texte.

Cela apparaît clairement dans le commentaire qu'ils donnent de la finale du texte aristotélicien, passée sous silence, par ailleurs, dans l'exégèse de M. Joachim; en effet, à propos de 1135 a 4, ces auteurs nous disent : "...le raisonnement d'Aristote n'implique-t-il pas que, dans la forme idéale de gouvernement - celle qui est fondée sur la nature et qui est la meilleure - les règles de justice seront immuables parce que fondées sur la nature? La

(204) op.cit., p.180.

(205) op.cit., t.II, 1, p.394.

pensée d'Aristote n'est pas très claire; sans doute, il ne veut pas opposer règles variables et règles immuables, mais montrer que les règles conventionnelles sont variables parce qu'elles sont fondées uniquement sur l'utile (comme le sont aussi les constitutions autres que la constitution idéale); il resterait à se demander pourquoi varient les déterminations de la justice naturelle" (206).

Et l'on en revient ainsi à la question de base, où tout se joue, du rapport entre l'universalité du juste naturel et sa variabilité, du rapport entre phusis et nomos, là où peut se déchiffrer le regard qu'Aristote porte sur le discours juridique.

Le texte aristotélicien sur le juste naturel nous invite lui-même à faire le rapprochement avec d'autres passages du Stagirite pour en appréhender la portée. En effet, pour qualifier l'idée de variabilité, Aristote utilise l'expression de règles "qui pourraient être autres qu'elles ne sont" (1134 b 31), expression, on le sait, qui exprime l'idée de contingence, idée renvoyant au cadre ontologique déjà mis en lumière préalablement. Le rapport phusis-nomos nous paraît ainsi devoir s'interpréter à la lumière de ce cadre.

Nous avons longuement montré ci-dessus comment, pour Aristote, l'ontologie, comme recherche d'un discours un sur l'être, était, de par la contingence même de l'être sublunaire, une ontologie de la finitude, de la scission. Nous ne reviendrons donc pas ici sur les caractères de cette ontologie qui lui viennent de la séparation affirmée du divin et du sublunaire.

Au point où nous en étions arrivés, il apparaissait clairement que, pour le Stagirite, le problème posé à raison de cette séparation de l'être divin avec l'être sensible, et conséquemment de celui-ci d'avec sa propre essence, consistait à rendre compte de l'être en tant qu'être du monde sublunaire et non du dépassement. La réponse à la question de savoir quel est le "fondement de cette scissiparité qui affecte l'être du monde sublunaire et qui

fait qu'il ne réalise pas l'essence de l'être en général, telle que nous la voyons réalisée dans le divin" (207) est trouvée dans le phénomène du mouvement (208). L'être du monde sublunaire est affecté d'une instabilité fondamentale en tant qu'il est être de mouvement.

L'approche du mouvement à travers les concepts d'acte et de puissance donne généralement lieu à des durcissements de la pensée du Stagirite (dont la pensée de M. Villey n'est pas exempte sur ce plan) (209).

Au lieu de définir le mouvement comme le passage de la puissance à l'acte, Aristote définit le mouvement comme "l'acte de ce qui est en puissance en tant que tel" (210). L'accent est donc

(207) P. AUBENQUE, Le problème de l'être..., p.418.

(208) Remarquons, par ailleurs, que ceci éclaire particulièrement bien ce passage du livre V de l'Ethique à Nicomaque (Eth. Nic., V, 10, 1134 b 28) où Aristote dit, à propos de la variabilité des choses justes, qu'"il n'est pas impossible que chez les dieux, cela ne se vérifie en aucun sens". MM. Gauthier et Jolif signalent à bon droit qu'"Aristote ne fait que reprendre ici "l'opinion courante... (pour laquelle il est ridicule de parler de justice à propos des dieux" (op.cit., t.II, 1, p.394); sur ceci, voy. aussi, Eth. Nic., X, 8, 1178 b 10-12 et P. AUBENQUE, La prudence..., p.65; outre cette reprise, le texte du Stagirite nous paraît aussi se référer ici au problème du mouvement conçu comme la différence fondamentale qui sépare le divin du sublunaire : c'est en effet explicitement le problème de la variabilité qui est visé dans 1134 b 28, au contraire de ce qui sera visé dans Eth. Nic., X, 8, 1178 b 10-12.

(209) On pourrait penser-et c'est ce que retiendra l'aristotélisme scolaire -que le mouvement est l'actualisation de la puissance ou encore le passage de la puissance à l'acte. Mais ce serait là une définition extrinsèque du mouvement...ce serait substituer des positions au passage lui-même. Parallèlement, ce serait user des notions d'acte et de puissance d'une façon extrinsèque par rapport au mouvement comme si la puissance et l'acte étaient les termes entre lesquels le mouvement se meut et non des déterminations du mouvement lui-même", P. AUBENQUE, Le problème de l'être..., pp. 453-454.

(210) Phys., III, 1, 201 a 10.

mis sur la radicalité même du mouvement conçu comme acte de la puissance, puissance en tant qu'acte. Comme le dit par ailleurs Aristote, le mouvement est un acte imparfait (211), où comme le dit M. Aubenque, paraphrasant le Philosophe, "un acte toujours inachevé parce que son acte est l'acte même de l'inachèvement" (212).

Tel est bien, en un premier sens, la portée de la variabilité du droit naturel. S'y reconnaît donc la volonté toujours affirmée (première face de l'ambivalence de la philosophie du droit d'Aristote) de poser le caractère inachevable du discours juridique.

Une autre face y est cependant à repérer. Sa philosophie du mouvement va encore nous y aider. C'est qu'en effet toute la pensée d'Aristote sur le mouvement révèle une seconde dimension corrélative de la bipolarité de sa réflexion ontologique.

Si la contingence même de l'être sublunaire rend impossible, comme on l'a vu, l'énonciation d'un discours un sur l'être, le discours humain, dans son impuissance même, devient ce par quoi l'être se révèle.

C'est dans cette double face que gît l'originalité de la pensée aristotélicienne : de la séparation assumée du divin et du sublunaire resurgit la voie d'une divinisation substituée du sensible; de l'échec de l'ontologie resurgit une ontologie possible sous la forme d'une ontologie de l'échec, elle-même sublimée dans le rapport d'imitation qu'elle promet.

Si "l'art imite la nature" (213), pour reprendre l'expression d'Aristote, c'est pour accomplir ce qui est inachevé par la nature défaillante. L'ontologie de la scission est, de ce fait, aussi une ontologie du possible finalisé, ouvrant le champ à l'action et à la production, toutes deux inscrites dans un rapport d'imitation qui fonde la rationalité de leur déroulement-dévoilement.

(211) Phys., III, 2, 201 b 32; VIII, 5, 257 b 8; Mét. Θ, 6, 1048 b 29.

(212) op.cit., p.456.

(213) Phys., II, 2, 194 a 21; II, 8, 199 a 15.

L'anthropologie d'Aristote (et par là, sa réflexion sur le droit), est étroitement liée à son ontologie : dans cette réalisation mimétique du monde humain, trop humain, vers Dieu, l'homme dispose d'un rôle privilégié : la contingence même de l'être est ce qui rend possible et utile l'action et la délibération (214) ; par ailleurs, dans ce champ du possible lié au mouvement, l'homme a un rôle particulier du fait de sa vocation à s'immortaliser, c'est-à-dire à réaliser ce qu'il est, parce que cette tension chez lui devient consciente. L'approche aristotélicienne de la vertu, et donc de la justice, trouve là son assise, la relation mimétique, versant ascendant d'une irréductible béance à combler.

Tel est le cadre à l'aide duquel interpréter le passage d'Aristote consacré au phusei dikaion. Comme le suggère le langage du Stagirite (cf. supra à propos de 1134 b 31), la variabilité du phusei diakion se réfère à la contingence du monde sublunaire. L'affirmation de l'existence d'"une justice dont la source est la nature" (1134 b 30) revient ainsi à prescrire un lieu ontologique à la détermination du juste. Mais cette ontologisation du dikaion dans l'ordre de la phusis ne revient et ne peut pas revenir à inscrire ce juste dans une nature ordonnée, prescriptive et modélisante, comme paraissent le supposer les interprètes traditionnels.

L'ontologie aristotélicienne, ontologie de la scission et de la finitude, présuppose, en effet, une absence d'ordre dans le monde sublunaire au profit de l'ordre du ciel : la théologie d'Aristote est une théologie astrale et non cosmique à la différence de celle qui sera posée par la philosophie unitaire des stoïciens.

Si l'on ne peut nier qu'une relation est posée entre nature et dikaion, cette relation est à comprendre en référence au rapport d'imitation dont on a vu qu'il sous-tendait la séparation du divin et du sublunaire. La nature est source du juste, dans la mesure où, à l'instar d'elle-même qui tend, dans un mouvement incessant vers l'ordre entraperçu dans les régions célestes, vers le Bien, à la recherche de sa propre unité désirée, la détermination du juste obéit à ce mouvement incessant vers sa propre réalisation,

(214) cf. De Interpretatione, 9, 18 b 31.

vers sa propre fin, vers sa propre unité.

De la même manière que le discours humain doit procéder comme si le monde était un tout bien ordonné, le discours juridique, profondément humain, doit fonctionner comme s'il visait une réalité non contradictoire : le présupposé de la cohérence systémique resurgit ainsi par le biais d'un imaginaire postulé comme nécessaire.

La détermination du juste s'inscrit, de ce fait, dans une rationalité téléologique et, oserait-on dire, théologique. Comme Aristote le dit à la fin du chapitre 10 du livre V de l'Ethique à Nicomaque : "il n'y a en tout lieu qu'une seule constitution conforme à la nature et c'est la meilleure", par quoi Aristote assoit l'universalité consubstantielle de l'idée de *phusei dikaion*, même si, comme l'atteste toute sa recherche politique, inaugurée et annoncée par l'Ethique à Nicomaque (215), la cité la meilleure *phusei* ne se rencontre nulle part.

L'ordre que le juste imite n'est pas celui de la nature sublunaire mais celui du ciel. Cependant, comme on l'a vu aussi, la séparation d'avec le divin nous condamne à des médiations laborieuses et infinies. La variabilité du juste en est le signe. Aristote n'affirme donc pas que le juste naturel existe sous forme de déterminations concrètes ni que la nature sublunaire est porteuse en elle-même d'un ordre fécondant un ensemble de déterminations du juste. Si certaines de ses phrases le laissent croire, son texte est autrement plus profond, plus souple, nous paraît-il.

Réintégré dans l'ensemble de sa philosophie, le rapport du juste à la nature est en relation directe avec sa pensée de la contingence, du *chorismos*, du mouvement et par là, de la *praxis* et de la *poiesis*. Cela explique que la variabilité et la *mimésis*, les deux dimensions qui définissent le *phusei dikaion*, sont à prendre beaucoup plus au sérieux.

La mimésis est une reprise sur le plan du *dikaion* du rapport d'imitation posé par Aristote dans sa métaphysique et, plus concrètement, est à rapprocher de ce passage de la Physique où (215) voy. sur ceci, Eth.Nic., X, 10, 1179 a 33 et sv.

Aristote nous dit que l'art imite la nature. On a déjà vu combien cette phrase ne devait pas être comprise au sens banal de la promotion d'une esthétique réaliste. Sa portée est autre : elle signifie que la technè doit naturaliser la nature, parachever une nature désordonnée pour l'amener à imiter autant qu'il est possible l'ordre qui règne dans le ciel.

Il en va de même pour la détermination du juste. L'unité universelle du juste existe mais elle est à faire, elle se fait indéfiniment. Une cité la meilleure existe, mais elle n'existe pas. Le mouvement du juste, la production indéfinie des déterminations du juste, dans le discours qu'on tient sur lui, traduit l'orientation "amoureuse" qui définit le mouvement du sublunaire vers le divin, c'est-à-dire de l'être du sublunaire à la rencontre de lui-même.

La variabilité du phusei dikaion est ainsi à la fois marque de l'indéterminé mais aussi dévoilement indéfiniment progressif de la rationalité, du juste.

Cela conduit à montrer que le juste naturel constitue beaucoup plus une réalité langagière et discursive qu'un prétendu ordre des êtres naturels. Le juste se détermine dans ce savoir médiatisant qu'est la dialectique dont l'indétermination même est en relation directe avec l'indéterminé du sublunaire. Le juste se dévoile dans et à travers les médiations de la dialectique.

La phusis du dikaion devient ainsi l'inscription du discours sur le juste dans l'horizon de la vérité, du dévoilement d'une Raison à la recherche d'elle-même et en voie de réalisation; l'affirmation du juste naturel revient à inscrire la détermination du juste dans une structure discursive qui se réfère à une unité finale qui en commande le développement. Le juste est condamné à une variation sans fin, mais cette variation n'est que la trace d'un mouvement discursif dont le sens est porteur d'une rationalité qui est celle de la tension vers l'accomplissement et, plus globalement, vers l'adéquation de l'être à lui-même.

Si une telle conception du juste naturel nous paraît s'imposer lorsqu'on replace le chapitre 10 du livre V de l'Ethique à Nicomaque dans l'ensemble de la métaphysique aristotélicienne, on voit combien elle s'écarte des types d'interprétation ci-avant dégagés. Reprenons ici notamment les deux modèles dominants qu'explicitent bien les positions de MM. Joachim et Villey.

A l'inverse de ce qui est proposé par M. Joachim, la variabilité du *phusei dikaion* ne traduit pas uniquement l'existence de règles qui, par leur singularité, font exception aux règles qui expriment une normalité statistique, signe de leur naturalité. La variabilité concerne, au contraire, la norme elle-même. La normalité statistique ne définit point un juste naturel universel.

Il faut cependant nuancer une telle affirmation. Si l'interprétation du type de celle de M. Joachim nous paraît réduire la portée du texte, elle met, cependant, judicieusement en lumière le jeu de la normalité dans la rationalité délibérative où se joue cette "aimantation-imitation" du discours sur le juste. La détermination du juste revient, à chaque époque historique, à ériger en normes ce qui est ressenti comme normal. M. C. Perelman, grâce à ses remarquables travaux sur la logique juridique, a bien mis en lumière cette dimension.

Mais, pour en revenir à l'interprétation typique de M. Joachim, la naturalité du juste est plus profonde : elle réside dans cette tension vers l'unité qui traverse la variabilité même des déterminations du juste, de ces diverses normalités.

S'il existe un juste naturel au sens d'un ensemble achevé de normes concrètes, ce ne peut être qu'au terme ultime et jamais atteint d'un processus vers lequel tend le discours délibératif sur le juste. Cela explique que, dans la réalité dégradée de notre monde sublunaire, s'il y a une *phusis* du *nomos*, c'est seulement dans la mesure où la trace de cette dégradation, à savoir la variabilité fondamentale des déterminations du juste, est en même temps l'occasion de l'accès au divin : elle désigne un champ discursif où se maîtrise un langage rationnel, où se détermine, dans une approximation indéfinie, le juste.

Ainsi donc M. Joachim, tout en soulignant judicieusement l'importance de la normalité statistique dans le concept aristotélicien de phusis, a méconnu la dimension spécifique qui s'attache au rapport phusis-nomos à travers les concepts corrélats que sont ceux de mouvement, contingence, scission et imitation.

Par ailleurs, si la lecture de M. Villey a le grand mérite d'affranchir le phusei dikaion aristotélicien de la tutelle du droit naturel rationnel, elle nous paraît cependant méconnaître, par certains côtés, les aspects fondamentaux de l'ontologie du Stagirite.

Un passage très explicite de M. Villey nous aidera à comprendre notre réserve.

Commentant la conception aristotélicienne de la nature, M. Villey nous dit que "ce terme peut désigner...l'ensemble du monde extérieur où il nous est donné de vivre; or, ce cosmos est ordonné. Il implique un ordre; le monde au regard d'Aristote est l'oeuvre d'une intelligence, ou plutôt d'un fabricant artiste.... nous voyons pourquoi le christianisme a volontiers pris à son compte cette philosophie qui s'accordait à l'idée d'un Dieu créateur"(216).

La même idée réapparaît par la suite lorsque M. Villey, voulant justifier le caractère "dialectique et observationnel" de la méthode du droit naturel, nous dit, à propos du juste, que "si nous avions accès au plan de l'artisan divin de la nature...il nous serait possible d'en déduire des conclusions sûres. Mais ce n'est pas le cas. La nature est une inconnue dont nous poursuivons le secret inlassablement à travers l'expérience sensible" (217).

Or, on a vu, dans la première partie, combien une telle lecture de la pensée d'Aristote méconnaissait la radicalité du chorismos et présentait un caractère unitaire qui est le propre de la philosophie stoïcienne plutôt que celui de la métaphysique aristotélicienne, laquelle est une métaphysique de la scission.

Cette "déviation" dans l'interprétation se reporte inmanquablement dans la présentation de la philosophie du droit du Sta-

(216) La formation..., pp.45-46.

(217) op.cit., p.52.

girite que nous propose M. Villey. Elle se traduit par l'empirisme supposé de la méthode du droit naturel que l'auteur décrit ainsi : la nature recèle un modèle normatif qui se dévoile au terme d'une recherche constante, par l'intermédiaire d'une méthode expérimentale, serve de l'observation; l'harmonie préexiste dans les choses; cette recherche expérimentale se clôture provisoirement par la décision du législateur et du juge (218).

En fait, M. Villey, s'il a bien pressenti ce que suggérait le caractère dialectique de la méthode de détermination du dikaion, nous paraît avoir resystématisé la pensée aristotélicienne sur le plan de la phusis et du mouvement pour aboutir à une version empiriste du travail du juge, réduction qui ne nous paraît point autorisée par les textes.

Cette resystématisation est d'ailleurs commandée par une identification que M. Villey opère entre les pensées aristotélicienne et thomiste sur ce point, identification partout affirmée dans les écrits de cet auteur.

Or, M. Aubenque, notamment, a bien montré combien la lecture thomiste et postthomiste d'Aristote nécessitait la plus grande réserve, soucieuse qu'elle était fréquemment "de nier l'échec (du double projet aristotélicien d'une théologie humaine et d'une science de l'être en tant qu'être)...de compléter les lacunes, d'unifier la dispersion..." (219). Alors que la pensée thomiste est circulaire, celle d'Aristote ne traduit nullement une telle circularité (220). Aristote, et c'est par là qu'il nous interpelle, a introduit et maintenu la division dans sa propre pensée.

M. Villey, par son interprétation empiriste et circulaire, méconnaît, nous semble-t-il, cette division. Le monde sublunaire n'est point ordonné par un Dieu créateur; au contraire, l'être sub-

(218) voy. pour une analyse détaillée de cette interprétation et de l'empirisme qui la définit, notre travail, Le droit occidental contemporain et ses présupposés épistémologiques, UNESCO, 1977.

(219) Le problème de l'être..., p.506; voy. aussi d'un point de vue plus technique, pp.199,231.

(220) cf. supra §1, et aussi P. AUBENQUE, Le problème de l'être..., p.456.

lunaire est séparé de lui-même, et, dans son mouvement, tend à se rapprocher du divin qui est pensée se pensant elle-même.

Ainsi le juste naturel, dont on sait qu'il existe, ne peut se connaître; mais son affirmation est le signe de ce que nous disposons d'un discours qui traduit notre marche vers sa connaissance. De même que nous tendons vers le Bien, le discours sur le juste traduit sa propre marche rationnelle vers son Bien, son accomplissement. C'est dans ce rapport d'adéquation progressive que gît la portée de la naturalité d'un discours sur le juste.

Cela explique, nous paraît-il, que le phusei dikaion n'est point à comprendre comme assujettissement du dikaion à un prétendu ordre matériel du sublunaire porteur de sens : au contraire, le lieu où se "joue" le dikaion est celui du langage, du discours : la dimension intellectualiste de la pensée aristotélicienne sur ce point doit être profondément soulignée.

On retrouve ici l'interrelation profonde entre phronésis et phusei dikaion et, plus généralement, la figure du phronimos. On a vu, en effet, que la phronésis était une vertu intellectuelle; on comprend dès lors l'embarras de M. Villey qui écrit : "un des grands principes de la doctrine (aristotélicienne) est encore que législation et jurisprudence sont affaires, non d'intelligence et de raisonnement discursif, mais de prudence. La prudence est précisément cette vertu intellectuelle qui décide, en vue de l'action, sur des situations contingentes sans avoir le temps ni le moyen de donner ses raisons" (221). Qu'est-ce qu'une vertu intellectuelle qui ne donne pas ses raisons et qui décide dans des affaires qui ne sont point d'intelligence et de raisonnement discursif?

Enfin, pour appuyer encore notre tentative d'affranchir le texte aristotélicien du livre V de l'Ethique à Nicomaque des interprétations précitées, on ne peut mieux faire que de citer les Pères Gauthier et Jolif.

(221) op.cit., pp.54-55.

Ceux-ci, dans l'introduction à leur commentaire de l'Ethique à Nicomaque, se sont efforcés de désigner les principaux "thèmes de la morale aristotélicienne" qu'à tort nombre d'interprètes traditionnels ont attribués au Stagirite, généralement "pour édifier une morale qui réponde aux exigences de leur raison ou de leur foi" (222).

Or, parmi ces thèmes, le premier, souligne-t-il, est celui de la nature : "La nature fondement ultime de la moralité, voilà bien un thème "aristotélicien" typique"; cependant, font-ils remarquer, "ce thème "aristotélicien", c'est en vain que nous le chercherions dans l'Ethique à Nicomaque...sans doute le mot de "nature" n'y est-il pas rare, mais il n'exprime jamais un concept philosophiquement élaboré...en tout cas, il est certain que ce n'est pas sur sa doctrine de la finalité de la nature qu'Aristote fonde son éthique" et les auteurs de continuer en soulignant que l'accent doit être plutôt mis sur le rôle de la raison" d'où (la nature) tire sa force" (223).

MM. R.A. Gauthier et J.Y. Jolif, qui, à propos du célèbre passage sur le rapport phusis-nomos, avaient déjà bien perçu le caractère problématique du texte, se refusant en fait à clôturer un texte ouvert, nous paraissent ici judicieusement écarter un des

(222) op.cit., t.I, 1, p.241.

(223) op.cit., p.243; notons que cette remarque permet d'invalider la présentation que fait Cicéron de la morale péripatéticienne. Le parallèle avec le problème du droit est ici à suggérer quand on sait que M. Villey présente généralement la problématique du droit naturel telle que l'a posée Cicéron comme d'inspiration aristotélicienne. Nous ne pouvons que souscrire à cette dernière constatation de MM. R.A. Gauthier et J.Y. Jolif sur le rôle de la raison : elle correspond au déplacement que nous croyons devoir imprimer dans l'interprétation du concept de phusei dikaion chez Aristote : celui-ci se construit, comme réalité langagière, par la voie de la raison sous sa forme de vertu de prudence : le phusei dikaion n'est pas assujettissement du juste à la parole d'une nature sublunaire (voy. aussi ce passage des Pères Gauthier et Jolif, le "bien de l'homme, il suffit à Aristote que la raison le connaisse", op.cit., t.I, 1, p.243.

paradigmes traditionnels de l'interprétation de la pensée aristotélicienne sur la morale et sur le droit, même si, à un autre niveau, nous pensons, contrairement à ce que laissent croire les auteurs précités, pouvoir renouer d'autres fils entre le chapitre 10 du livre V de l'Ethique à Nicomaque et le livre II de la Physique qui élabore une théorie de la finalité naturelle.

Dans la discussion de cette troisième dimension de la "pensée juridique" d'Aristote, nous nous sommes très longtemps attachés à montrer le caractère problématique des quelques passages où le Stagirite entendait "fonder" le travail des agents juridiques dans la détermination de la justice politique.

C'est que, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, on a tendance à réduire Aristote et, par là, à le dogmatiser. Nous ne prétendons pas avoir "découvert" la signification ultime du texte aristotélicien sur ce rapport fondamental phusis-nomos. Nous nous sommes simplement efforcés d'en donner une interprétation plus en rapport avec les caractères généraux de la métaphysique aristotélicienne.

De plus, la tentative d'explicitation opérée aura permis de mettre en lumière, chemin faisant, les facteurs qui opèrent la reclôture de la pensée du Philosophe sur le droit.

Aristote, en effet, réincrit le discours du juste et, par là, le discours juridique dans l'ordre du divin. Il réassigne à ce discours un lieu ontologique. Si le divin n'exhibe pas l'unité que l'ontologie recherche, il n'en guide pas moins cette recherche vers l'unité. Le sensible est tout entier travaillé par ce désir d'unité : le divin meut comme objet d'amour.

Emerge ainsi une pensée qui traduit subtilement le lien entre vérité et désir, où s'enracine la dogmatique du juridique? Il y a, nous dit Aristote, par-delà le désordre apparent d'un mouvement désordonné, laissant croire à une pure conventionnalité du nomos, une régularité qui est celle de la marche incessante vers l'unité divine.

Sans doute, l'unité, comme horizon de vérité du juridique, n'est pas pensée selon le schéma mathématique dont on a vu la prégnance dès le début de la pensée grecque (cf. supra, le modèle pythagoricien) et qui sera repris dans la pensée contemporaine (cf. infra, le logicisme kelsenien). Cette unité se déploie dans les replis d'une pensée qui, se définissant par sa mouvance, apparaît réfractaire à un horizon de vérité.

Une expression, déjà rencontrée, traduit à merveille cette réinsertion du droit dans le cadre du divin, et, par là, de l'alétheia, de l'ontos on. Pour traduire l'action finalisante du divin, objet de désir et d'amour, Aristote dispose que le discours humain doit procéder comme si le monde était un tout bien ordonné et non une série rhapsodique. Ce "comme si" nous paraît l'indice par excellence du caractère mythologique de cette pensée qui rejoint ainsi la légitimation traditionnelle du juridique.

Les analyses de la deuxième partie de notre travail ont montré en effet que le discours juridique, par le présupposé de sa clôture systémique, fonctionne "comme s'il" émanait d'un père dont le dire était la vérité, d'un père divinisé. Comme le signale M. Legendre, "il faut du jouir et du divin pour se soumettre, il faut encore que ça fonctionne, c'est-à-dire une science en bonne et due forme pour ne pas le savoir (une science en uni-forme, ayant trait à l'Un et à l'uni qui lui fait face)" (224).

Aristote, en inscrivant le discours dans l'ordre d'une unité présupposée, réintroduit la clôture dans ce qui, de ce fait, ne peut plus se vivre sur le mode de l'ouverture. A défaut d'exister, l'unité se regagne par le désir qu'on en a. L'efficace du désir est d'anticiper sur la réalité, de faire "comme si" elle était déjà.

Le rapport physis-nomos est la traduction de ce schéma de pensée. Le phusei dikaion existe, mais il n'existe, pourrait-on métaphoriquement dire, que par le désir indéfiniment postposé qu'on en a. De là cette variabilité à double face : trace de la dérélition

(224) P. LEGENDRE, "La Phallacieuse. Le roman du féminin dans le texte occidental" in La jouissance et la loi, Paris, 1978, p.12.

humaine et signe de l'eros qui magnétise notre pensée en direction de l'unité divine.

Toute la théorie du droit d'Aristote culmine dans cette affirmation du *phusei dikaion*, indissociablement liée à la théorie du Premier Moteur qui meut comme objet d'amour et à l'ordre du comme si. Peu de théories du droit ont aussi magistralement pénétré la rationalité du discours juridique pour, cependant, au terme du processus, en proposer une version qui en gomme l'efficace mythologique.

La cohérence est dévoilée dans sa nature de cohérence désirée (225), mais ce dévoilement parce qu'ontologisé, est vécu sur le mode de la vérité qui se déploie.

M. C. Castoriadis, avec qui nous inaugurons notre lecture de la pensée aristotélicienne sur le droit, réapparaît ici pour avoir clairement perçu cette double dimension du rapport qu'Aristote établit entre *phusis* et *nomos* (où se joue la philosophie du droit du Stagirite).

Aristote, remarque-t-il, n'est pas simplement philosophe de l'*aléthéia*, de l'*ontos on*, de la *phusis* : précisément parce qu'il est grand, il a intégré, au sein de sa propre pensée, la division, la scission. Ainsi, s'il "pense constamment par référence à la *phusis*..., l'opposition *phusis-nomos* (comme l'opposition analogue *phusis-technè*) reste interne à sa pensée" (226). Témoigne de cette division interne le fait que "malgré certaines formulations sur lesquelles les siècles se sont compréhensiblement précipités, Aristote ne peut pas se résoudre... à affirmer pleinement, catégoriquement, sans réserve ou restrictions, que le *nomos* est *phusei* ou qu'il y a une *phusis* du *nomos*" (227).

(225) Remarquons que M. Villey traduit incidemment ce même jeu de l'idéal, cette même référence mythologique, lorsqu'il écrit : "même un Kelsen corrige la loi, lorsqu'il tient à sauvegarder l'unité de l'ordre juridique : la cohérence est une requête de droit naturel. Apporter au droit de l'unité, c'est déjà dépasser la loi", (Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, 1962, pp.302-303, c'est nous qui soulignons).

(226) C. CASTORIADIS, "Valeur, égalité...", loc.cit., p.273.

(227) ibidem, pp.309-310.

Mais à l'inverse, continue-t-il, Aristote ne peut penser la loi-institution comme simple création sociale-historique. La question de la loi, et par là de la cité, du juste est référée à la phusis, à l'organisation logique-ontologique de l'étant et des étants au terme de laquelle "la nature ne fait rien en vain..., la cause finale détermine l'organisation de ce qui est et fonde son être" (228). L'institué excède son cadre social-historique, sa dimension de construit pour s'enraciner dans un ordre de vérité: ce qui permet à M. Castoriadis d'affirmer que "cette impossibilité de dire soit que tout nomos est phusei, soit qu'il n'y a pas de phusis du nomos (et de la cité) trace la limite, la frontière de la pensée d'Aristote, de la pensée grecque et, pour l'essentiel, de la pensée de l'Occident (...Hegel et Marx compris)" (229).

On retrouve ainsi, au terme de notre périple la vérité entrevue lors de l'analyse de la conception aristotélicienne de la technè avec M. Castoriadis. Nous avons vu, en effet, qu'en inscrivant l'activité productrice dans une relation d'imitation, en faisant de la technè ce qui parachève la nature autant qu'il est possible, Aristote reproduisait, par le biais de cette fondation, l'ordre de la "tautologie canonique".

Il en va de même à propos de l'analyse du droit par le Stagirite. D'une part, Aristote inscrit le discours du juste dans l'ordre d'une vérité qui se construit indéfiniment par la voie de médiations laborieuses : fondé en raison, le juridique véhicule une rationalité dialectique qui, par le rapport d'imitation dont elle est la traduction, l'inscrit dans l'ordre divin. D'autre part, s'infère de ce rapport au divin une relation amoureuse entre le droit et l'idéal de cohérence dont la réalisation, toujours promise, polarise et fascine comme figure astrale.

(228) ibidem, pp.309-310.

(229) op.cit., p.309.

Conclusion.

L'objectif de ce premier chapitre était double.

Il s'agissait de situer la théorie aristotélicienne du droit dans la pensée grecque de la loi et, par la suite, d'y repérer, s'il était possible, la trace d'une lecture mytho-logisante du phénomène juridique.

Alors que la référence mytho-logique de la pensée pré-aristotélicienne paraissait assez évidente, basée qu'elle était sur la double référence de l'image sacrale (composante mythique) et du modèle mathématique (composante logique), Aristote, dès le départ, s'affirme en rupture avec cette double référence. Comme la tradition l'a justement remarqué, avec lui, l'idée de justice se laïcise et le modèle mathématique, encore présent chez Platon, s'estompe.

Pour saisir comment le problème du droit, indissociablement lié à celui du juste, se posait chez Aristote, il est apparu indispensable de référer la pensée du Stagirite au rapport, établi dans sa métaphysique, entre le divin et le sublunaire. On a pu ainsi dégager le cadre qui détermine la théorie du droit d'Aristote, théorie que définissent, par ailleurs, trois axes qui s'interpénètrent, la théorie de la loi ou de l'épieikéia, la théorie du raisonnement juridique et enfin le problème du juste naturel.

L'analyse de ces trois axes, sur base du cadre métaphysique dégagé, nous a permis de faire surgir une philosophie du droit de part en part problématique : si l'ontologie d'Aristote est une ontologie de la scission, la philosophie du droit en est, par sa structure souple et ouverte, la traduction.

Par là, nous croyons pouvoir dire, comme le répète M. Villey, que la lecture aristotélicienne du phénomène juridique exprime bien le génie de son auteur et se présente, par le repérage du jeu de la médiation propre au discours dialectique, comme le modèle le plus réfractaire à féconder une représentation mytho-logisante du droit.

Le relevé, cependant, de "l'ambivalence" fondamentale des concepts recteurs de la métaphysique aristotélicienne nous a permis de montrer, nous semble-t-il, combien l'ouverture du discours juridique se réinscrivait dans l'horizon d'une clôture où se ressourc constamment l'idéal dogmatique de la pratique juridique et l'assujettissement de l'homme à la loi que médiatise le jeu de la croyance.

CHAPITRE II : LA DOCTRINE DU DROIT DE KANT

Introduction.

Abordant la "Doctrine du droit" de Kant, (Métaphysique des moeurs. Première partie, Doctrine du droit, trad. A. PHILONENKO, Paris, 1971), notre propos ne visera pas à livrer ici une réflexion globale sur la pensée politique et juridique de l'auteur. Notre dessein est d'étudier cet unique ouvrage et de le présenter à la fois comme moment de transition entre iusnaturalisme et iuspositivisme et comme théorisation des fondements de la juridicité. Nous espérons ainsi faire coup double : ménager une transition historique minimale entre les perspectives iusnaturalistes (Aristote) et iuspositivistes (Kelsen), qui nous retiennent principalement, et illustrer ainsi notre thèse centrale qui consiste à dégager des fondements ou implicites communs à ces deux perspectives, ici exemplairement illustrés dans une oeuvre de transition.

La tradition aristotélicienne, revue par le stoïcisme romain et la théologie médiévale, dérive le droit de la nature des choses; le droit c'est le juste tel qu'il se dégage, en chaque espèce, de la considération des finalités naturelles. De la nature, conçue au Moyen-Age comme création, logos divin, se déduit un ordre social. Sans récuser formellement ce cadre conceptuel, la pensée moderne, héritée de la Renaissance et de la Réforme, allait néanmoins en déplacer l'accent de manière décisive. La nature reste, provisoirement, la référence privilégiée, le fondement ultime, mais se comprend désormais comme nature humaine et plus précisément, comme manifestation de la raison en chaque homme.

Dès lors, l'ordre juridique et social ne dérive plus tant d'une finalité "cosmologique" que du travail des principes rationnels, en lesquels on se plaira à voir, quelque temps encore, la marque de l'emprise divine. Mais il ne faut pas s'y tromper : désormais l'autorité intellectuelle de la raison l'emporte sur l'autorité spirituelle du logos divin et Grotius peut écrire, en 1625,

1
2
3 "le droit naturel est si immuable qu'il ne peut être changé par Dieu lui-même" (1). A ce double passage de la Nature à la Raison et de Dieu à l'Homme, allait encore s'ajouter une troisième transition qui achève de caractériser la conscience juridique moderne : transition du cas individuel (justice d'espèce) à la règle générale.

On peut dire que d'une certaine manière l'ensemble de cette métamorphose se trouve déjà virtuellement réalisée dans le "Léviathan" de Hobbes (1651), penseur dont on a pu écrire qu'il était "le Galilée de l'univers juridique" ou encore "le prophète par excellence de l'esprit juridique moderne" (2). Non content en effet d'approfondir le processus de laïcisation du droit naturel - on se rappellera que le "Léviathan", figure et source du pouvoir juridique, est défini par lui comme un "dieu mortel" - Hobbes jette les bases du positivisme juridique en désignant, dans le corps des lois écrites, la source suprême du droit. Mais les positions de Hobbes restent encore, à bien des égards, ambiguës, teintées de pragmatisme : c'est le "besoin" de sécurité des hommes qui dicte, en définitive, leur calcul rationnel et ainsi leur soumission à une loi commune.

Finalement, il faudra attendre la "Doctrine du droit" de Kant (1796) (3) pour assurer définitivement la substitution de la trilogie Homme-Raison-Loi à l'ancien dispositif Dieu-Nature-Justice d'espèce (4). Ce n'est pas que le contenu des solutions

(1) H. GROTIUS, De iure belli ac pacis, trad. BARBEYRAC, Amsterdam, 1724, Prolégomènes, § XI.

(2) S. GOYARD FABRE, Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes, Paris, 1975, p.191; la seconde citation est de M. VILLEY cité par l'auteur, ibidem.

(3) E. KANT, Métaphysique des moeurs. Première partie, Doctrine du droit, trad. A. PHILONENKO, Paris, 1971. Dans la suite du texte nous citerons cet ouvrage, dans le corps même de l'exposé, par les lettres D.D.

(4) en ce sens, M. VILLEY, "Kant et l'histoire du droit" in La philosophie politique de Kant, Annales de philosophie politique, 4, Paris, 1962, p.58. Il faudrait néanmoins nuancer cette position en considération de la thèse des sophistes et d'Epicure.

kantiennes soit original - Kant reprend aux idées de son temps la distinction "état de nature/état civil", les thèmes du "contrat social" et de la "société des nations" et même sa définition du droit (5) - c'est plutôt la méthode d'approche mise en oeuvre - l'analyse transcendantale caractéristique de la démarche critique - qui opère le bouleversement théorique par l'inscription qu'elle réalise des problématiques classiques dans un champ résolument et exclusivement rationnel. Alors que la tradition iusnaturaliste moderne à laquelle Kant est confronté n'a produit qu'une "science du droit" ("connaissance systématique de la doctrine du droit naturel", D.D., 103 § A), toujours en quelque façon engagée dans des débats empiriques, son propre dessein est d'élaborer une "doctrine du droit" qu'il qualifie de "métaphysique du droit, en tant qu'elle est exigée comme un système issu de la raison" (D.D., Préface, 79). Par quoi la "Doctrine du droit" se rattache au système global de Kant qui est une entreprise transcendantale, visant à établir les conditions de possibilité de tout objet (6).

Une telle entreprise se développe comme l'élucidation des pouvoirs de la raison "fournissant les principes de la connaissance a priori" (7). Dès lors Kant se présente bien comme "l'homme du droit" (8) substituant la question du "quid juris?" à

- (5) "Le droit est l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre sous une loi universelle de liberté" (D.D., p.104). Or Hobbes disait déjà que l'unique sentence de la loi naturelle s'énonce : "ne fais pas à autrui ce que tu estimes déraisonnable qu'un autre te fasse", Léviathan, op.cit., chap. XXVI, p.290.
- (6) "J'appelle transcendantale toute connaissance qui, en général, s'occupe moins des objets que de nos concepts a priori des objets" (E. KANT, Critique de la raison pure, op.cit., p.46).
- (7) E. KANT, Critique de la raison pure, ibidem.
- (8) L'expression est de J. LACROIX, Kant et le kantisme, Paris, p.12; dans le même sens, cf. J.L.NANCY, "Lapsus iudicii", in Communications, 6, 1977, p.90 et sv.

celle du "quid facti ?" : prenant à son compte l'état de la science, de la métaphysique, de la morale et du droit de son temps pour les fonder en raison au terme d'un procès instruit auprès du tribunal de la critique.

Dans chaque cas, c'est la législation universelle a priori de la raison qui fournit la clé d'une fondation péremptoire (pure, inconditionnée) de nos objets de connaissance ou d'action. Ainsi la "Critique de la raison pure" qui tente de répondre à la question de savoir comment nous pouvons nous donner des objets de connaissance et nous accorder sur les termes d'un consensus rationnel à leur égard (succès des sciences expérimentales), déploie-t-elle une panoplie de catégories et de principes purs de l'entendement qui sont comme "les clauses d'un contrat intellectuel originaire, préalable à toute connaissance empirique" (9). Cette normativité de la raison apparaît avec plus de force encore au terme de la "Critique de la raison pratique" qui établit que la seule forme de moralité possible dérive de l'exercice inconditionné (c'est-à-dire apuré de toute détermination empirique) d'une causalité par liberté qui s'exprime dans l'impératif catégorique qu'impose à la volonté libre, autonome, la raison pratique législative.

Dans la "Doctrine du droit", ce sont cette fois les conditions de possibilité de la juridicité qui sont soumises au tribunal de la critique, l'enjeu de l'enquête n'étant ni de résoudre les problèmes pratiques des juristes (casuistique, jurisprudence), ni de proposer une nouvelle version d'un droit idéal (ancienne problématique dogmatique du droit naturel) mais bien plutôt d'assurer en raison les fondations de tout droit possible. C'est ce qu'écrit très nettement Kant lui-même : "mais la question de savoir si ce qu'elles (les lois positives) prescrivent était juste et celle de savoir quel est le critère universel auquel on peut reconnaître le juste de l'injuste lui resteront obscures, s'il (le juris-

(9) M. CANIVET, "La déduction transcendantale de Kant au point de vue social" in Revue philosophique de Louvain, fév. 1977, t.75, p.70. Cet auteur souligne avec perspicacité le parallélisme du statut de ce contrat intellectuel originaire et celui du contrat social, fondement du droit positif. Comme ce dernier, le contrat intellectuel originaire n'est pas "un événement historique mémorable" ("il n'est en aucune façon nécessaire de le supposer comme fait", dit Kant), il est plutôt "condition épistémologique de toute légitime prétention au consensus théorique" (c'est une "idée rationnelle nécessaire", dit Kant).

consulte) n'abandonne pas quelque temps ces principes empiriques et ne cherche pas la source de ces jugements dans la simple raison (quoique ces lois puissent de manière excellente lui servir en ceci de fil conducteur), afin d'établir la fondation pour une législation empirique possible" (D.D., 104).

Ceci nous autorise à nuancer l'opinion de Philonenko selon lequel, Kant, dans la Rechtslehre, aurait abandonné la technique transcendantale en raison de son incapacité à se détacher des contenus du droit (10). S'il est vrai que Kant, de son propre aveu, se sert du fil conducteur du droit de son temps (essentiellement d'ailleurs une reprise assez libre de solutions romaines en ce qui concerne le droit privé (11) et des idées iusnaturalistes modernes pour ce qui regarde le droit public), son unique dessein, qui détermine le mouvement interne de la "Doctrine du droit", est d'asseoir sur un socle irréfutable, universel, a priori et rationnel l'empire du droit positif (12). Tel est d'ailleurs l'intérêt théorique du moment kantien : l'entreprise rassemble les solutions moyennes de son époque - et en cela, mais en cela seulement, Kant est justiciable

(10) A. PHILONENKO, "Introduction" à la traduction qu'il donne de la Doctrine du droit, op.cit., p.31.

(11) Solutions romaines qualifiées telles par les glossateurs; cf. sur ce point l'oeuvre critique de M. Villey.

(12) cf. en ce sens, S. GOYARD FABRE, Kant et le problème du droit, Paris, 1975, pp.11-12.

d'un procès mené selon la méthode de la critique des idéologies (13) - mais les inscrit dans une perspective rationnelle, sinon logicienne, qui à la fois les fonde et les limite, tant il est vrai qu'en définitive la forme du droit rationnel l'emporte sur ses actualisations nécessairement éphémères, ce par quoi Kant plante le décor théorique de la pensée juridique moderne. Kant est donc à la fois l'héritier des problématiques du iusnaturalisme moderne et le précurseur de la perspective positiviste. Ainsi la rationalité du droit s'entend, sous sa plume, tantôt comme la rationalité de ses conditions de possibilité a priori (perspective nouvelle que nous privilégierons dans la suite de l'analyse), tantôt comme celle de ses contenus normatifs (perspective classique).

Ainsi se dessine le plan de notre développement : une première section retracera la dynamique interne de la Rechtslehre, partant du droit privé pour culminer dans la "République pure"; une seconde section tentera de suggérer la modernité de la perspective kantienne et relèvera ses points de rattachement à la caractéristique mythologique par laquelle nous spécifions la rationalité juridique.

(13) Pour un exemple d'une telle approche, cf. B. EDELMAN, "La transition dans la Doctrine du droit" in La Pensée, fév. 1973, n° 167, p.39 et sv. L'auteur entreprend la critique de la catégorie kantienne du "droit personnel selon la modalité réelle", concept par lequel Kant rend compte du droit du mari sur son épouse, du couple sur l'enfant et de la famille sur sa domesticité. Edelman y voit une catégorie mixte assurant la transition entre les rapports juridiques féodaux (pour lesquels le domestique est "chose" de l'employeur) et les rapports juridiques capitalistes (pour lesquels le domestique est envisagé comme sujet de droit, "libre et égal", tout comme son employeur), ce par quoi il se flatte "de faire tenir à Kant un discours qu'il ignorait tenir : celui de la féodalité qui agonise dans l'accouchement d'un monde nouveau" (loc.cit., p.56). Quel que soit l'intérêt de telles analyses, elles manquent, nous semble-t-il, le principal si elles négligent d'étudier le mouvement interne de la pensée kantienne qui rapporte toutes ces configurations juridiques particulières à un dispositif rationnel fondateur, ce par quoi Kant transcende l'idéologie particulière de son temps et de son milieu, pour rejoindre ce que M. Althusser appelait "l'idéologie en général" (cf. supra).

Section 1. La Doctrine du droit.

1) La Rechtslehre s'inaugure par un retournement en lequel, d'une certaine façon, la rupture kantienne s'opère déjà totalement. Pour répondre à la question "qu'est-ce que le droit ?", Kant part du problème du juste, s'inscrivant en cela dans une tradition qui remonte à Aristote et que l'Ecole du droit naturel moderne (excepté Hobbes) n'avait jamais vraiment dépassée sur ce point. Mais alors que la tradition pense le "ius" comme "id quod iustum est", "to dikaion", le juste, ouvrant ainsi le champ infini de la dialectique, Kant, à son habitude, impose une définition qui se muera en principe a priori : "est juste toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle" (D.D., 104, § C).

Cette définition livre la clé de la fondation rationnelle du droit : plutôt que d'engager la réflexion sur le chemin incertain, tantôt empirique, tantôt dogmatique, de l'établissement du meilleur contenu possible du droit, elle dégage la forme, la pureté d'un rapport : rapport de coexistence entre les hommes impliquant le "principe universel du droit" : agis extérieurement de telle sorte que le libre usage de ton arbitre puisse coexister avec la liberté de tout un chacun suivant la loi universelle" (D.D., 105, § C, nous soulignons). Cette coexistence, Kant la précise comme étant un rapport "extérieur", ce qui bien entendu réfère à la traditionnelle distinction du droit (réglant les rapports extérieurs des individus entre eux) et de la morale (réglant leur rapport en conscience en façonnant les mobiles de l'action), mais, encore une fois, la reprise par Kant de cette conception classique l'entraîne sur un autre terrain : l'extériorité du rapport de coexistence suppose l'établissement préalable d'un cadre formel d'action qui soit tout à la fois le fondement, la mesure et la garantie du libre arbitre individuel.

La loi reconnue par tous, valide et sanctionnée, la loi qui constitue ce cadre formel préalable, précède le juste (14).

(14) en ce sens, S. GOYARD FABRE, op.cit., p.79, note 46 in fine.

Il n'y a de justice que dans les voies ouvertes par la combinatoire formelle de l'ordre légal "extérieur"; mieux encore : la justice est la mise en oeuvre de cette combinatoire qui seule peut assurer la coexistence des individus.

Deux remarques à ce stade.

La première est que le caractère préalable de l'ordre légal auquel nous nous référons n'implique aucune conception historique du droit : il n'est pas question pour Kant de se référer à une quelconque situation temporelle particulière. Si la loi précède le juste c'est uniquement "en raison", selon l'exigence de la méthode transcendantale qui cherche à établir les conditions de possibilité a priori de l'ordre juridique.

Seconde observation : en ce point de son développement Kant n'aborde pas explicitement le thème de la loi; en revanche, il relie de la manière la plus explicite le principe universel du droit (le rapport de coexistence) à la contrainte. Dans ces conditions et s'il est vrai que pour Kant, sous peine d'anarchie, la contrainte ne peut être que légale, nous nous permettons d'anticiper quelque peu en assimilant d'emblée le droit à la loi.

Revenons cependant à la contrainte. La liaison du droit à la contrainte est, pour Kant, une nécessité logique : "une faculté de contraindre ce qui lui est nuisible (ce qui est nuisible à la liberté selon des lois universelles) est, suivant le principe de contradiction, liée en même temps au droit" (D.D., 106, § D, nous soulignons). Ainsi s'opère le retournement : le droit "strict" ou encore le droit "pur" (c'est-à-dire apuré de toute conception subjective de la justice) est conditionné par l'établissement généralisé d'une contrainte réciproque; comme le dit expressément Kant, "le droit pur (...) doit s'établir sur le principe de la possibilité d'une contrainte externe" (D.D., 106, § E). On peut même aller plus loin : la contrainte devient condition de possibilité de la liberté elle-même (15).

(15) en ce sens, A. PHILONENKO, op.cit., p. 45.

Insistons une fois encore : le rôle fondateur tenu par la contrainte légale ne se dégage d'aucune connaissance positive (connaissance historique ou observation empirique), il résulte du travail de construction transcendantale du concept de droit. La contrainte légale, fruit d'une intuition pure a priori, est "ce qui rend possible la présentation du concept de droit" (D.D., 107).

Du concept formel a priori de contrainte, base de tout ordre juridique, se dégage un important corollaire qui nous ramène à la légalité. Le droit, dit Kant sans transition, est comme la ligne verticale qui divise l'espace en deux parties égales : il "détermine à chacun le sien avec une précision mathématique" (D.D., 107), ce qui ne saurait être le cas d'une doctrine de la vertu "ne pouvant écarter un certain espace propice aux exceptions" (ibidem).

Position rigoureuse qui amène Kant à conjurer (16) deux problématiques chères aux iusnaturalistes de son temps : celle de l'équité et celle du droit de nécessité, formant ensemble ce "droit équivoque en lequel la faculté de contrainte ne peut être déterminée par aucune loi" (D.D., 107), l'équité étant du "droit sans contrainte" et la nécessité "une contrainte sans droit" (D.D., 108). Kant accorde à l'équité la vérité du brocard "summum ius, summa iniuria"; mais il n'est à ces injustices éventuelles du droit strict, aucun remède juridique : le juge ne peut prononcer selon des conditions indéterminées. Mieux : "un tribunal de l'équité enveloppe une contradiction" (D.D., 109). C'est, qu'en toute logique, un tribunal, comme instance formelle de dispensation de la contrainte selon la loi, ne peut sanctionner ce qui, par définition, est sans contrainte. Conséquence - dont on appréciera la portée au regard de nos observations relatives à la mytho-logique - : "l'équité, divinité muette, ne peut être entendue" (D.D., 108). A l'opposé, ajouterons-nous, la justice, divinité aveugle, parle et est entendue : c'est elle qui est juris-dictio,

(16) Il s'agit bien, pour Kant, de conjurer ces deux catégories : "ces deux cas doivent être distingués de la doctrine du droit proprement dite, afin que leurs principes flottants n'aient aucune influence sur les principes certains de la doctrine du droit" (D.D., 107).

elle dit le droit et s'assimile à lui. Elle dit le droit "avec une précision mathématique" (justice-balance) sous la dictée de la loi, quelle qu'elle soit, équitable ou non (justice aveugle), et sous la pression de la contrainte (justice armée). Tel est le partage - épiphanie de l'ordre légal, refoulement de la justice concrète - qu'impose la fondation transcendantale du droit. En quelques pages, Kant a réglé le plus vieux problème de la pensée juridique. Il lui reste alors à démontrer comment tout l'édifice du droit positif se bâtit sur le socle stable que l'analyse critique a dégagé.

2) Les questions de droit privé forment l'objet des premiers développements de la Rechtslehre : il y est traité, sous le titre "du mien et du tien en général", des droits réels, des contrats et de l'organisation de la famille. Plus que l'exposé des solutions ponctuelles, ce qui intéresse Kant, selon la méthode transcendantale, c'est la fondation rationnelle des mécanismes de droit privé. Ces mécanismes dérivent selon lui de situations acquises dans l'état de nature : le droit privé équivaut donc au droit naturel et, comme lui, ne constitue encore qu'un stade pré-juridique (D.D., § 41, 108). Sans doute ces situations naturelles sont-elles rationnelles mais, à défaut de commandement, d'autorité souveraine et de contrainte, le droit privé qui s'en dégage demeure un simple modèle, une exigence sans efficacité : "le droit naturel est un droit désarmé" (17). Ce n'est pas que, dans l'état de nature, les hommes se fassent une guerre perpétuelle comme le soutenait parfois la doctrine iusnaturaliste; cependant, dans cet état, aussi bons les hommes soient-ils les uns envers les autres, rien ne les garantit contre la violence (D.D., § 44, 194); les hommes vivent dans l'incertitude, aucune puissance n'étant à même de déterminer leurs droits respectifs avec exactitude et de faire respecter ceux-ci, le cas échéant, par la contrainte. Dans ces conditions, les situations acquises dans

(17) N. BOBBIO, " Quelques arguments contre le droit naturel " in Le droit naturel, Annales de philosophie politique, 3, Paris, 1959, p.176.

l'état de nature, aussi rationnelles soient-elles, ne bénéficient que d'une "présomption de juridicité" (D.D., § 9, 132), elles ne sont juridiques que "par analogie" (18).

Dès lors, le droit privé, pour accéder à une existence "péremptoire" et non plus "provisoire" (D.D., §9, 131), doit-il connaître une subsomption, une *Aufhebung*, dans le droit civil (ou encore droit politique, c'est-à-dire le droit de l'Etat doté d'une constitution). De cette subsomption sous le cadre du droit politique, les situations pré-juridiques reçoivent une détermination formelle de par la loi qui les établit et la justice publique (justice distributive) qui les consacre hic et nunc en leur garantissant l'appui de la contrainte organisée.

C'est donc bien le droit politique qui fonde et justifie le droit naturel et non plus l'inverse; telle est sans doute l'originalité majeure de la démarche kantienne (19). Le poids de la rationalité du droit (c'est-à-dire en définitive le potentiel de légitimation) se déplace de la sphère incertaine du droit naturel au champ assuré du droit positif; non pas que les solutions substantielles du droit positif soient meilleures que celles du droit privé (naturel) : bien souvent elles en reproduisent la matière (D.D., § 41, 188), mais c'est que seule la forme publique de la loi positive assure en réalité le libre exercice de l'arbitre grâce à la contrainte généralisée. Seule la loi positive garantit la conformité de l'agir "à des lois universelles" : à ce titre non seulement elle est "le droit" mais encore elle est "juste"; en quoi elle réalise la synthèse, l'*Aufhebung*, de la justice subjective et de la justice objective (D.D., § 41, 187).

Les nombreuses questions envisagées dans la doctrine du droit privé sont autant d'illustrations de cette nécessaire mutation du droit naturel en droit politique par où se définit le moment proprement juridique qui n'est autre que l'imposition de la forme (universelle, contraignante) de la normativité publique.

(18) en ce sens, S. GOYARD FABRE, "La place de la justice dans la doctrine kantienne du droit" in Archives de philosophie du droit, t. 20, 1975, p.244.

(19) en ce sens, A. PHILONENKO, op.cit., p.44; S. GOYARD FABRE, Kant et le problème du droit, op.cit., p.87.

Ainsi le problème de la propriété que Kant aborde dans les termes de la question critique : "comment un droit sur les choses est-il possible ?" (D.D., 145). Partant du postulat qu'il est possible que "j'ai comme mien tout objet extérieur de mon arbitre" (D.D., § 2, 120), c'est-à-dire que toute chose peut faire l'objet d'une appropriation, Kant déduit l'idée d'une "possession commune originaire" de la terre par les hommes, qui d'ailleurs ne fait pas obstacle à une appropriation particulière du sol commun (D.D., § 16, 143) (20). Mais cette situation, propre à l'état de nature, ne confère au propriétaire qu'un titre empirique d'acquisition (D.D., § 15, 140) qui doit se consolider d'un titre rationnel, seul capable de garantir effectivement les droits du propriétaire sur la chose. Or, "ce titre rationnel de l'acquisition ne peut résider que dans l'Idée d'une volonté a priori unifiée de tous (c'est-à-dire leur union nécessaire) et cette Idée est ici tacitement présumée comme une condition indispensable car une volonté particulière ne peut imposer aux autres une obligation qu'ils n'auraient pas autrement. Or l'état d'une volonté effectivement unifiée de manière universelle en vue d'une législation est l'état civil. Ce n'est que conformément à l'Idée d'un état civil que l'on peut acquérir originairement quelque chose d'extérieur" (D.D., §15, 140). Il apparaît donc que la condition de possibilité, qui est aussi condition d'effectivité, du droit de propriété réside dans l'établissement de l'état civil qui accorde, "de droit" à chacun le sien.

(20) La thèse selon laquelle toute chose peut être l'objet d'une appropriation privée et la justification de cette appropriation selon une déduction transcendantale apurée de tout conditionnement économique (Kant abandonnant la classique justification de la propriété par le travail, D.D., 145) se prêtent aisément à une critique menée en termes d'influence idéologique : par son idéalisme, Kant est sans doute le plus pur représentant du libéralisme (en ce sens, M. VILLEY, op. cit., p.59, note 4). L'intelligibilité de ses explications ne se limite cependant pas à cette reprise en compte de l'idéologie dominante de son époque.

C'est ce que révèle également la théorie de la revendication d'une chose perdue : alors que dans l'état de nature, l'acquisition d'un bien n'est pas assurée définitivement tant que l'acheteur n'est pas certain que le bien acheté n'est pas la propriété d'un autre que son vendeur (certitude qu'il est, en pratique, quasi impossible d'obtenir) tant et si bien que si le véritable propriétaire se présentait, l'acheteur ne garderait que les avantages tirés de sa possession antérieure de bonne foi (selon les principes de la justice commutative), en revanche, dans l'état civil, la sécurité du commerce sera assurée par recours à la justice publique (justice distributive) qui reconnaîtra la validité d'un titre de propriété transmis dans le respect des conditions formelles de l'acquisition (D.D., § 39, 183-184). Ici encore, c'est la double intervention de la loi positive qui fixe les "conditions formelles de l'acquisition" et de la juridiction qui en assure le respect, qui seule opère le passage à la juridicité, état dans lequel enfin "chacun peut jouir de son droit" (D.D., § 41, 117).

3) De ces diverses analyses se dégage alors avec évidence le postulat du droit public : "tu dois, en raison de ce rapport de coexistence inévitable avec tous les autres hommes, sortir de cet état (de nature) pour entrer dans un état juridique, c'est-à-dire dans un état de justice distributive".

Le concept qui inaugure l'état juridique est repris par Kant à la tradition de l'École du droit naturel moderne : c'est le contrat social ou "volonté unifiée du peuple" qui se traduit dans la constitution. Ce contrat social, Kant ne le considère absolument pas comme un fait historique qui serait, de surcroît, à l'origine de la société civile. Il s'agit, une fois encore, d'une intuition a priori de l'entendement qui, selon la logique de la déduction transcendantale, rend possible l'état juridique. Tel est le sens de l'opposition que fait Kant entre "contrat originaire", qu'il vise, et "contrat réel", qu'il rejette. Le problème historique et ethnologique de l'origine de la société, du pouvoir et du droit ne l'intéresse pas et sa discussion - nous reviendrons sur ce point - s'avère même dangereuse pour l'Etat : "un contrat réel de soumission au pouvoir a-t-il

originellement été premier comme fait, ou bien est-ce le pouvoir qui a précédé et la loi n'a-t-elle paru qu'ensuite, ou devraient-ils se suivre en cet ordre : ce sont pour le peuple, déjà soumis à la loi civile, des ratiocinations tout-à-fait vides et cependant dangereuses pour l'Etat" (D.D., 201). En revanche, l'exposition du contrat origininaire, c'est à-dire de l'unification de la volonté du peuple, est, au titre "d'idée découlant a priori de la raison" (D.D., § 51, 221), ce qui permet de "penser la légalité de l'Etat" (D.D., § 47, 198). Sur le plan pratique, cette idée se présente comme devoir de la raison, imposant aux hommes de sortir de l'état de nature pour se doter, dans l'état civil, d'une constitution (D.D., § 49, 200).

D'où il appert que loin de fournir la base sur laquelle se constitue l'ordre légal, le contrat social - volonté unifiée du peuple - en fournit la règle, l'idéal, l'impératif : "il éclaire, écrit Kant, l'idéal de la législation, du gouvernement et de la justice publique" (21). Au double titre d'idée a priori de l'entendement (découverte par la méthode transcendantale) et d'impératif catégorique de la raison, le contrat social est "l'idéal", le principe suprême de la légitimation de la législation positive. On y a vu, avec raison, la trace de la sublimité de la République platonicienne (22).

Mais la figure du contrat social n'assure pas seulement le renouvellement des thèmes de la croyance en laquelle s'assure le discours juridique. Elle exprime, en sa structure abstraite et fugace comme un instant de raison, la formation de l'ordre juridique moderne. Manière de "tour de passe-passe transcendantal" par lequel le droit qui relevait de l'organisation sociale spontanée (état de nature

(21) E. KANT, Réflexions sur la métaphysique, t. XVIII, n° 7734, cité par S. GOYARD FABRE, op.cit., p.185. Il est à remarquer que cet "idéal" ne fonctionne pas, dans la pensée de Kant, comme un modèle sur base duquel pourrait s'évaluer le droit positif; tout à l'opposé, il fournit le principe de sa légitimation.

(22) S. GOYARD FABRE, op.cit., p.185.

secrétant le droit privé des associations naturelles) se transforme - par la grâce de la volonté unifiée du peuple - en droit fondé rationnellement, déterminé légalement et sanctionné publiquement.

Résultat de cette alchimie : le droit engendre le droit, le loi (positive) ne procède que de la loi (de la raison législatrice). L'ordre juridique, issu d'une nécessité logique, analytiquement exposée à partir de l'idée de violence (caractéristique de l'état de nature) et bénéficiant d'une pareille universalité logique (les postulats du droit sont universalisables), s'engendre, se contrôle et se sanctionne lui-même. Il est l'univers de la forme, il est l'épiphonie de la logique.

Cet effet théorique de la Rechtslehre ne se dégage explicitement que de quelques passages coincés entre la description du droit privé naturel et l'exposé des pouvoirs s'exerçant au plan du droit public; pourtant ils expriment l'essentiel du moment kantien, celui qui directement inspire Kelsen et la modernité. On pourra oublier en amont la problématique de l'état de nature et en aval la question de l'inscription du pouvoir souverain dans une visée de perfection (cf. infra), l'essentiel est acquis dès lors qu'on assume l'auto-validation de la légalité.

Le droit privé de nature constitue un état juridique nécessaire sans doute mais insuffisant tandis que le droit rationnel parfait de la République pure constitue un état juridique suffisant mais non nécessaire (c'est seulement un stade idéal) : seul le droit positif issu de la "volonté unifiée du peuple" est le stade nécessaire et suffisant de la juridicité, celui que retiendra le positivisme bientôt triomphant.

Ajoutons qu'en cette opération la question de l'Etat est elle aussi engagée et résolue. La même opération transcendantale qui assure le passage du droit naturel au droit politique induit en effet la substitution de l'Etat à la société civile : la même nécessité logique opère dans les deux cas, la même légitimation conforte la transition. De sorte que, fondés en raison, la loi et l'Etat se recouvrent : il n'est de loi qu'étatique, il n'est d'Etat que légal.

Un tel Etat découlant de "purs principes de droit" est "l'Etat selon l'Idée" et contient en soi trois pouvoirs : le pouvoir législatif souverain, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire (D.D., § 45, 195). Si Kant se contente de reprendre ainsi les idées de son temps, s'inspirant notamment de Montesquieu, il leur donne une présentation originale qui relève, une fois encore, de la forme logicienne de sa "Doctrin du droit" : les trois pouvoirs, en effet, "sont comme les trois propositions d'un raisonnement de raison pratique : la majeure contient la loi d'une volonté, la mineure l'ordre de se conduire d'après la loi, c'est-à-dire le principe de subsumption sous la majeure, et la conclusion, qui comprend la sentence, ce qui est de droit dans le cas où il s'agit" (ibidem).

Les trois pouvoirs et les normes qu'ils produisent se trouvent donc dans un rapport syllogistique; toute forme de discours juridique est prédéterminée par la place qu'il occupe dans ce dispositif. En échange de cette contrainte raréfiante, ce discours est assuré, sous toutes ses formes, de l'incontestabilité : "la volonté du législateur en ce qui touche au mien et au tien extérieurs est irréprochable, le pouvoir exécutif du gouvernement est irrésistible et la sentence du juge suprême irrévocable" (D.D., § 48, 198).

Il est clair que la place éminente, surdéterminante, est occupée dans cette structure (on ne peut s'empêcher de penser déjà à la pyramide de Kelsen) par le législateur. Mais qu'en est-il en vérité ? La position kantienne peut paraître ambiguë, car si certains passages donnent à penser qu'à l'instar de Rousseau (23), Kant souscrit à la thèse de la souveraineté du peuple ("le pouvoir législatif ne peut appartenir qu'à la volonté unifiée du peuple" D.D., § 46, 196), d'autres passages accréditent la nécessité d'une représentation ("toute vraie république est, et ne peut être rien d'autre, qu'un système représentatif du peuple" D.D., § 52, 224).

Nous nous heurtons ici à une difficulté inhérente à la méthode transcendantale de la Rechtslehre. Car en fait la souveraineté du peuple est d'ordre nouménal : elle est seulement nécessité logique qui conditionne la juridicité de l'ordre légal et étatique; il ne faut donc en aucune manière la comprendre comme une réalité. C'est en ce

(23) J.J. ROUSSEAU, Le contrat social, L.I., chap. VI, coll. La Pleiade, p. 361.

sens d'ailleurs que Kant parle du peuple uni comme "souverain universel", principe logique (plutôt que pouvoir effectif) auquel les sujets pris individuellement se soumettent par le contrat originnaire (D.D., § 47, 198). C'est pourquoi aussi une telle représentation doit se traduire, sur le plan pratique, par une forme de représentativité : "ce supérieur (le souverain) n'est qu'un être de raison (représentant le peuple entier), tant qu'il n'y a pas encore de personne physique qui représente la puissance suprême de l'Etat et qui procure à cette Idée son efficacité sur la volonté du peuple" (D.D., § 51, 221). Ainsi s'opère, dans le texte kantien, une assimilation entre le souverain - personne physique - et la puissance suprême de l'Etat qui n'est autre que la volonté unifiée du peuple (24).

Nul doute que s'en dégage un très grand renforcement de la légitimation des pouvoirs du souverain. Lorsqu'il légifère, le législateur est censé se conformer à la volonté générale et ses lois seront obéies "comme si" elles émanaient de la volonté unie du peuple (25). Mais le "comme si" déploie l'espace qu'il convient de ménager entre la fondation transcendantale du pouvoir législatif et son exercice réel. Dans les faits, le citoyen ne participe pas à l'élaboration de la loi (26) et doit une obéissance inconditionnelle au souverain.

(24) en ce sens, A. PHILONENKO, op.cit., p.66.

(25) E. KANT, Théorie et pratique, III, 3, cité par S. GOYARD FABRE, op.cit., p.188.

(26) Ce résultat est encore renforcé par la distinction que Kant reprend à Sieyès entre citoyens actifs et citoyens passifs, non sans noter qu'elle "semble en contradiction avec la notion de citoyen en général" (D.D., § 46, p.196).

Contre le législateur suprême de l'Etat, il n'y a point d'opposition légale du peuple; un état juridique n'est possible que par soumission à sa volonté législative universelle. En outre, quand une révolution a réussi et qu'une nouvelle constitution est fondée, l'illégalité du commencement et de son établissement ne saurait libérer le sujet de l'obligation de se soumettre comme de bons citoyens au nouvel ordre de choses (D.D., 202-205). Ce pouvoir absolu que Kant reconnaît au souverain a été souvent décrié; il n'est pourtant qu'une conséquence de l'exposition logique de l'idée de constitution civile en général. Il ne saurait en effet y avoir sans contradiction un droit de résistance au pouvoir suprême dans le cadre d'une constitution qui précisément institue ce pouvoir, le confie au souverain et y soumet les sujets. Une telle constitution serait nécessairement contradictoire, tandis que les sujets qui prétendraient s'arroger un tel droit de contestation s'érigeraient en juges de la puissance souveraine, exerçant, du fait même, le ministère souverain par excellence, ce qui introduit de nouvelles antinomies (D.D., 201, 203, 256). Dès lors le devoir civique s'impose comme impératif absolu dans le prolongement de l'obligation faite aux hommes de s'arracher à l'état de nature pour instaurer l'état civil.

Autre corollaire : le souverain n'a que des droits et aucun devoir envers ses sujets; si, en effet, il pouvait être contraint à l'exécution de quelque devoir, il n'exercerait plus le pouvoir suprême, il ne serait plus dépositaire de la contrainte inconditionnée. Ce n'est pas à dire cependant que le souverain puisse faire preuve d'arbitraire à l'égard de ses sujets, encore que ceux-ci soient tenus de "supporter un abus même donné comme insupportable" (D.D., 203).

Comment expliquer ce nouveau paradoxe ? La solution réside dans le fait qu'établissant la théorie des devoirs du souverain, Kant quitte le terrain du droit strict ou droit positif, pour, réintégrant une dimension iusnaturaliste, pénétrer dans le champ du droit "le meilleur" informé par la plus haute forme de moralité. Ainsi, sur le plan du droit positif, le souverain n'a aucun devoir à respecter

et les sujets sont tenus de lui obéir en tous points. Mais, de ce fait, au plan du droit "le meilleur", il apparaît que, libéré de la menace de la contrainte, situé donc au-dessus de la loi, le souverain s'avère le sujet moral par excellence; sa volonté réalise le dépassement - *Aufhebung* - du droit positif dans la sphère de la culture et le règne des fins. Inspirée par la législation de la raison, la volonté du législateur se traduit en réglementation positive qui réclame impérativement le respect. Dans cette ligne, le premier devoir qui s'impose au législateur est de ne prendre aucune disposition que le peuple n'aurait pas prise lui-même; le souverain agit "comme si" chaque citoyen - sujet était co-législateur.

Mais cette "co-législature" (purement abstraite, bien évidemment) s'inscrit elle-même dans un plus vaste dessein, qui révèle le statut de "l'idéal" dans la pensée kantienne. Loin de former seulement l'horizon inaccessible sur fond duquel s'inscrivent les constructions boiteuses du droit positif, l'idéal est principe de progrès oeuvrant au coeur même de la législation. Ce vaste dessein, opérant comme idéal, c'est l'établissement de la République pure ou République nouménale. Ses traits se dégagent de l'esprit du pacte social et c'est le devoir du souverain que d'harmoniser progressivement la lettre de ce pacte (les différentes formes de gouvernement) à son esprit. Ainsi, si toute révolution est interdite pour le peuple, en revanche, le progrès perpétuel est un devoir pour le souverain. Dans la République pure, les formes empiriques ou positives de gouvernement qui dans un premier temps "ne servent qu'à réaliser la soumission du peuple, se résolvent dans la forme originale (rationnelle) qui seule prend la liberté comme principe et même comme condition de toute contrainte nécessaire à une constitution juridique" (D.D., § 52, 223).

Cet Etat, qui représente la "fin ultime de tout le droit public" et exprime "la seule constitution permanente", aboutit au suprême paradoxe de l'effacement du législateur lui-même : "la loi commande par elle-même et ne dépend d'aucune personne particulière"

(ibidem). Les hommes auront alors suffisamment intériorisé la contrainte pour exercer effectivement le rôle de co-législateurs déjà inscrit virtuellement dans l'idée du contrat social mais toujours différé en raison de la nécessité première de l'établissement de l'ordre, condition de tout progrès sur la voie de la moralité.

Reste encore au droit à franchir une dernière étape pour réaliser le programme rationnel qu'impose l'évolution de l'histoire et les finalités ultimes de la nature, cette nature "qui veut irrésistiblement qu'à la fin le droit obtienne la suprématie" (27). Cette étape consiste dans un dépassement, opéré au plan des Etats, comparable à celui que la déduction transcendantale avait dégagé au plan des individus. Tout comme les individus doivent quitter l'état de nature pour se doter dans l'état légal d'une constitution, ainsi les Etats doivent-ils abandonner leur funeste juxtaposition pour réaliser "l'union universelle des Etats" qui seule peut garantir un "état de paix véritable" (D.D., § 61, 233) (28).

Sans doute cette idée est-elle irréalisable pratiquement mais, s'imposant comme devoir, elle doit conduire à une intégration progressive des Etats (ibidem). Ce pacte de paix universelle est "la fin ultime de la doctrine du droit", le "souverain bien politique", l'Idée la plus sublime (D.D., conclusion, 238). Ainsi la Rechtslehre s'achève-t-elle sur un devoir assigné à l'humanité entière : promouvoir la paix selon la loi pure de la

(27) E. KANT, Paix perpétuelle, p.453, cité par E. WEIL, "Kant et le problème de la politique" in La philosophie politique de Kant, op.cit., p.26; cf. aussi R. POLIN, "La relation du peuple avec ceux qui le gouvernent dans la politique de Kant" in La Philosophie politique de Kant, op.cit., p.183 : "on peut envisager l'histoire de l'espèce humaine comme la réalisation d'un plan caché de la nature pour produire une constitution politique parfaite".

(28) A. BERTEN montre bien que cette quête de la paix traverse l'ensemble de l'oeuvre critique de Kant et implique la nécessité d'un tribunal de la raison imposant des principes a priori (Kant, La politique et l'Etat mondial, thèse de doctorat, U.C.L., 1968, p.301).

raison. Entamée à partir d'une problématique iusnaturaliste caractéristique de son temps, la Rechtslehre se développe comme théorie du droit positif et débouche enfin sur l'idéal d'une République nouménale explicitement rapprochée de l'illustre modèle platonicien (29).

Section 2. Critique et retombées de la Doctrine du droit.

Une fois dissipés les malentendus sur le prétendu iusnaturalisme de Kant - qui, il est vrai, conserve le terme "droit naturel" et opère avec les problématiques en honneur dans l'Ecole du droit naturel -, on s'accorde généralement à voir dans la Rechtslehre la première vraie théorie du droit positif. La Doctrine du droit coïncidant avec la révolution française, constituerait donc la grande transition de l'histoire du droit où s'origine le triomphe de l'Etat et de sa loi écrite. En affirmant le primat de la loi sur le droit, Kant opère le retournement des thèses iusnaturalistes selon lesquelles la loi n'est possible que par référence à la norme suprême du droit naturel, observe Mme. Goyard-Fabre (30), qui hésite cependant sur la conclusion finale : est-ce la substitution d'une théorie du droit rationnel (Vernunftrecht) aux

(29) "L'idée d'une constitution en harmonie avec le droit naturel des hommes, c'est-à-dire une constitution dans laquelle ceux qui obéissent à la loi, doivent aussi, réunis en corps, légiférer, se trouve à la base de toutes les formes politiques et l'organisme général qui, conçu en conformité avec elle, selon les purs principes de la raison, s'appelle un idéal platonicien (Respublica noumenon) n'est pas une chimère, mais la norme éternelle de toute constitution en général et écarte toute guerre" (E. KANT, Conflit des facultés, cité par A. BERTEN, op.cit., p.19, note 1). Notons que chez Platon également s'opère une restauration de la loi positive pour ce qui concerne la "société civile", conçue non comme fin en soi, mais comme un état intermédiaire.

(30) S. GOYARD FABRE, op.cit., p.286.

théories classiques ou modernes du droit naturel (Naturanrecht) (31) ou encore l'apologie de la loi écrite, "le système du droit selon Kant se réduisant à l'équivalence des trois termes : Loi-Raison-Etat" (32) ? Sensible à l'articulation du droit positif au droit idéal proposé en modèle (et imposé en devoir) au législateur, Mme. Goyard-Fabre qualifiera en dernière instance le Rechtslehre de "pré-positivisme" ou encore de "positivisme transcendantal" (33).

M. Villey s'en tient quant à lui au stade du droit statutaire et observe que "la doctrine kantienne livre le juriste à l'empire des lois positives, sans restriction ni condition" (34). Kant n'a-t-il pas écrit que "le juriste recherche les lois non dans la raison, mais dans le cadre officiellement promulgué, sanctionné par l'autorité suprême. On ne peut lui demander de prouver leur vérité et leur bien-fondé, ni de les défendre contre les objections de la raison; car ce sont d'abord les ordonnances qui font qu'une loi est juste; quant à rechercher si ces ordonnances elles-mêmes sont justes, c'est là une question que les juristes doivent carrément refuser d'entamer, comme contraire au bon sens" (35). Délivrée de la "mythologie fantaisiste de l'état de nature" (36), la fondation de l'ordre juridique sur le socle stable de l'a priori de la raison, peut engendrer à la fois une théorie des sources qui privilégie la loi écrite et une armature conceptuelle aux prétentions universalisantes. Tel est, selon M. Villey, le double apport de Kant à la théorie du droit, par quoi il inaugure la modernité juridique; "si les philosophes prennent la peine de lire le chapitre premier, dit Introduction générale, de beaucoup de manuels de droit civil, ils y trouveront, pour l'essentiel, confirmé le système de Kant" conclut-il (37).

(31) S. GOYARD FABRE, op.cit., p.255.

(32) S. GOYARD FABRE, op.cit., p.260.

(33) S. GOYARD FABRE, op.cit., p.257.

(34) M. VILLEY, op.cit. p.61.

(35) E. KANT, Conflit des facultés, trad. GIBELIN, p.23.

(36) M. VILLEY, op.cit., p.71.

(37) M. VILLEY, "La doctrine du droit dans l'histoire de la science juridique" in Doctrine du droit, op.cit., p.25.

Admettant sans autre discussion ce repérage historique, nous voudrions quant à nous situer notre critique de la Rechtslehre sur un autre plan. Plutôt que d'étudier le moment kantien comme aboutissement des problématiques iusnaturalistes et inauguration des thèmes positivistes, nous lisons Kant comme théoricien des fondements de la loi, ce qui, en un sens, l'arrache aux déterminations de l'histoire de la pensée (auxquelles, sans nul doute, il est redevable) pour le projeter en un point unique et indépassable de la rationalité juridique (38).

L'unique question kantienne est la question de la fondation, question qui se déploie tant au plan du savoir qu'au plan de l'action. Sur le plan du savoir, la fondation en raison conduit à l'exposition des principes purs de l'entendement, d'où se déduisent les catégories mises en oeuvre par la connaissance courante. Sur le plan de l'agir, la fondation en raison dégage les impératifs catégoriques promulgués par la raison pratique, impératifs auxquels se conforment les maximes de l'action quotidienne.

Appliquée au droit, cette double interrogation produit des réponses qui se recourent et se renforcent : la déduction logique des caractères de la juridicité à partir des postulats rationnels rejoint l'exposition a priori des impératifs catégoriques s'imposant aux agents juridiques. Sous ce double aspect, la raison législatrice livre les premiers principes qui assurent au droit sa nécessité dans l'ordre théorique et son irrésistibilité dans l'ordre pratique. Par où se marque l'efficace de la question de la fondation : la rationalité juridique y trouve la garantie de son "bien-fondé" et l'assurance de son intériorisation par les sujets de droit. Où se rejoignent, dans l'exposition de la loi, l'effet épistémologique de présentation du Vrai et l'effet axiologique d'affirmation du Bien. Effets de garantie mais aussi de croyance, la question de la fondation se refermant, sitôt entr'ouverte, sur l'affirmation d'une batterie de postulats, dont la

(38) Mme GOYARD FABRE tente aujourd'hui de reprendre le projet kantien et de le radicaliser (Essai de critique phénoménologique du droit, Paris, 1972).

mise en oeuvre en style logicien ne peut cacher le sol mythique d'où ils tiennent leur origine (39).

C'est ce qu'il nous faut maintenant exposer plus en détails.

Sur le plan théorique, on peut dire que la Rechtslehre qui veut établir dans les limites de la simple raison "la fondation pour une législation empirique possible" (D.D., 104), rejoint l'idéalisme caractéristique de la démarche transcendantale. Il n'entre pas dans notre propos - le dessein déborderait d'ailleurs nos compétences - d'entamer une démonstration de l'idéalisme kantien (40). Qu'il nous suffise de remarquer qu'est idéaliste la question de la fondation à laquelle il est répondu en termes de certitudes a priori de la raison dont les corollaires, de toute nécessité, se déroulent logiquement, se prêtent à l'universalisation

(39) M. HEIDEGGER montre bien l'énigme qui caractérise le principe de raison. Ce principe, "nihil est sine ratione" (rien n'est sans raison), est, sans conteste, le postulat de base de toute problématique de la fondation. Or, s'il permet de désigner à toute chose son fondement, le principe lui-même semble dépourvu de raison, sous peine d'un regressus ad infinitum qui exigerait de trouver sans fin la raison de la raison. Par quoi se marque le caractère circulaire du principe de raison et la béance de son propre fondement (Le principe de raison, trad. A. PREAU, Paris, 1962, p.61). Dès lors, toute pensée des "premiers principes" qui tend à masquer cette absence, produit, comme le mythe, une plénitude illusoire et développe des effets de croyance.

(40) cf. sur ce point P. LACHIEZE-REY, L'idéalisme kantien, Paris, 1931. On ne saurait assez souligner combien l'idéalisme de Kant, qui a combattu tant les prétendues certitudes des empiristes que les spéculations ontologisantes des métaphysiciens, est un idéalisme subtil et moderne (idéalisme de l'ego transcendantal ou constructeur).

et dissolvent toute proposition contraire (41).

Nous avons vu que la possibilité, la base et la légitimité - trois aspects de la question du fondement (42) - de l'ordre juridique, étaient rapportées par Kant à la juridicité structurelle de la raison. C'est la raison en effet qui impose l'impératif catégorique du droit public, commandant aux hommes de sortir de l'état de nature pour entrer dans le droit public, selon l'idée du contrat social. Une triple fondation rationnelle est ainsi assurée : la possibilité d'un droit péremptoire est garantie par la détermination législative propre au droit public et la mobilisation de la contrainte qui l'accompagne; la base de ce droit se dégage de cet état de nature où s'imposent - quoique encore sans effectivité - des solutions rationnelles; enfin la légitimité de ce droit dérive de ce que seule une constitution civile réalise l'idée de liberté, ce qu'encore renforce le second dépassement du droit (Aufhebung) dans le devoir du souverain de se conformer à l'idée d'une République pure.

Une telle démarche, qui se déroule comme une déduction transcendantale à partir d'axiomes, ne se veut ni descriptive, ni normative ou évaluative : la constitution n'est pas une réalité empirique, ni même un objectif de l'action politique. La démarche est transcendantale, c'est-à-dire fondationnelle; ainsi la constitution est-elle une Idée, une nécessité logique qui s'impose même si elle reste méconnue en théorie et en pratique. Elle participe, pour tout dire, de l'activité constituante de l'esprit.

(41) Rappelons pour le reste que la "Doctrines du droit" s'inscrit dans une théorie linéaire de l'histoire (le plan de la Nature réalisant, dans l'histoire, les finalités propres de la Raison) et avalise une théorie classique de la science comme en témoigne la préface de la Rechtslehre : "puisque objectivement il ne peut y avoir qu'une raison humaine (...), le chimiste (déclarera) : il n'y a qu'une seule chimie (celle de Lavoisier), le professeur de médecine : il n'y a qu'un principe de la division systématique des maladies (celui de Brown)" (D.D., p.81).

(42) en ce sens, M. HEIDEGGER, Questions I, Ce qui fait l'être essentiel d'un fondement ou raison, Paris, 1968, p.151.

Ainsi son bien-fondé ne peut connaître aucun obstacle; elle est par excellence l'idée universalisable (tout comme la liberté qui la motive et la paix qu'elle conditionne). L'ordre juridique qu'elle engendre s'impose "de droit"; il ne peut ni être contaminé par le flottement de l'équité - un droit équitable traduisant une contradiction in terminis -, ni être inquiété par une contestation populaire, le principe d'une telle résistance étant à son tour une idée contradictoire.

Assurance de l'incontestabilité de l'ordre juridique positif, la fondation rationnelle du droit est aussi la garantie de la validité de sa science : pour ne pas être un "agrégat fortuit" mais plutôt un "système rationnel", la science du droit doit s'élever aux premiers principes métaphysiques de la Doctrine du droit. "C'est que seule cette Doctrine du droit traite de la garantie de la perfection de leur (des jurisconsultes) division des concepts du droit" (D.D., Appendice, 240).

Ce qu'il nous faut voir maintenant, c'est comment cette théorie du droit qui a renoncé aux "mythologies fantaisistes", qui se développe comme une démonstration géométrique, et qui renonce aux séductions des rapports d'autorité idéalisés, s'enracine à son tour dans la mythologie occidentale du pouvoir et de son texte.

Nous verrons comment cette oeuvre éminemment laïque désigne l'origine du pouvoir par un jeu d'images et de métaphores d'autant plus significatives que le style kantien en est presque totalement dépourvu. Il apparaîtra alors qu'à l'instar du phénomène déjà observé dans la cité grecque qui chercha la première, après s'être débarrassée du joug des tyrans, à légitimer la décision collective, l'origine de la loi et les bonnes raisons de l'obéissance sont immanquablement rapportées à la figure du Garant, trônant de ce lieu où "tout énoncé d'autorité n'y a d'autre garantie que son énonciation même" (43).

(43) J. LACAN, "Subversion du sujet et dialectique du désir" in Ecrits, Paris, 1966, p.813.

L'annonce de l'ordre théologique dans lequel s'engage cette pensée du droit est faite sans ambage : l'idée d'une constitution civile en général, qui s'énonce - commandement absolu de la raison - "obéissez à l'autorité qui a puissance sur vous" est, écrit Kant, une idée sainte et irrésistible (D.D., 255). La sainteté du devoir d'obéissance s'impose quels que soient les vices qui affectent l'exercice de la souveraineté (ibidem). C'est que les imperfections présentes du gouvernement ne sauraient entacher la représentation pure et a priori de l'Etat régi par l'Idée. Idée d'une volonté générale, traduite dans la constitution et "unie en trois personnes" (D.D., § 45, 195). L'ordre de la loi se déploie donc en trois personnes : le législateur opère sa révélation, le régent (pouvoir exécutif) assure sa commination, et le juge réalise sa consécration. Et Kant de glisser au plan de la représentation logique, les trois pouvoirs étant coordonnés entre eux "comme les trois propositions d'un raisonnement pratique" (ibidem). Imbrication du mythique et du logique qui garantit désormais à la loi, quels que soient par ailleurs ses avatars réels, un règne "irréprochable, irrésistible et irrévocable".

S'insurger contre cette loi, c'est se mettre hors la loi (ex lex), s'exposer au châtement suprême (sur le mode, ajouterons-nous, de l'excommunication canonique). Conséquence : "une loi qui est si sacrée (inviolable) qu'au point de vue pratique la mettre en doute, donc en suspendre l'effet un moment, est déjà un crime, ne peut être représentée comme ayant sa source chez les hommes, mais chez quelque législateur suprême et infaillible et telle est la signification de cette assertion "Toute autorité vient de Dieu" qui n'exprime pas un fondement historique de la constitution civile, mais une Idée comme principe pratique de la raison : on doit obéir au pouvoir législatif existant, quelle qu'en puisse être l'origine" (D.D., 201).

En ce point s'observe le glissement du projet critique de Kant : commencée comme élaboration rationnelle de l'idée de droit, l'oeuvre débouche sur un surplus, un fondement divin se dessine qui garantit la légitimité d'un ordre juridique dont la raison, laissée à ses seules lumières, aurait plutôt tendance à dénoncer l'illégalité - n'était-ce pas Kant qui écrivait : "toute domination est facto usurpée, iure dût-elle être constitutionnelle (44) ? ".

Kant, "philosophe des limites", qui a tenté de penser l'univers - et la religion elle-même - dans "les limites de la simple raison", est aussi le penseur téléologique qui balise la voie à suivre pour accéder à une synthèse ultime située bien au-delà de ces limites. Ainsi, la "Critique de la raison pure", modérant les prétentions de la raison spéculative, débouche sur l'idée régulatrice, matrice de toute unité, qu'est le concept d'une intelligence suprême (cf. supra, Première Partie, Titre II, Chapitre II); ainsi la "Critique de la raison pratique", procédant à une fondation laïque et immanente de l'agir moral, débouche sur le concept de souverain bien qui implique à son tour le postulat de l'existence de Dieu. Une telle pensée téléologique suppose toujours réalisée quelque part l'unité ultime vers laquelle elle tend et qui en garantit la bonne fin : sans doute Kant refuse-t-il de théoriser l'idée de Dieu, d'en faire un objet de la pensée spéculative, mais il la pose comme postulat sur fond duquel l'action humaine prend sens (45). L'idée de Dieu, postulat de la raison pratique, garantit la rationalité ultime du savoir et de l'agir en cela que Dieu réalise en sa personne l'accord des lois de la nature et des exigences de la moralité. Intelligence suprême et

(44) KANT, Reflexionen zur Rechtsphilosophie, n° 8046, cité par A. BERTEN, op.cit., p.293.

(45) en ce sens, cf. J. MOREAU, Le Dieu des philosophes, Paris, 1969, p.121.

volonté sainte, Dieu rend la moralité, le droit et le savoir réalisables; réalisation qui est le fruit d'une espérance de la raison, ou encore d'une croyance, d'un acte de foi (46). Ainsi s'opère le retournement décisif : ancré dans le sensible, le savoir pointe vers l'Idée; immergée dans le mal radical, l'action morale appelle le souverain bien; entamée dans la violence et l'usurpation, l'ordre de la loi tend vers la République pure. Ces passages à la limite sont l'oeuvre explicite de la croyance qui entraîne et polarise le travail de la raison.

Mais, pour revenir au passage cité, il faut bien voir que si la loi est, en toute rigueur, rapportée à son origine divine, du même mouvement est opérée la laïcisation de ce fondement. Dieu, législateur infailible et tout-puissant, ne se manifeste plus concrètement dans l'histoire tels le Dieu Shamash remettant à Hammurabi les 282 lois formant le plus ancien code connu, Yahvé confiant les tables de la loi à Moïse ou encore Allah dictant les préceptes du Coran au prophète Mahomet. De tels événements, datés et empiriques, ne sauraient trouver leur place dans une déduction transcendantale. Il suffit désormais de qualifier le divin fondement "d'Idée de la raison" pour gagner ce double effet que se perpétue la croyance originaire et s'interchangent, sans altération d'autorité, les représentants de la loi (47). L'obéissance à l'ordre légal sera d'autant mieux assurée que s'estompent les caractères personnels des liens de sujétion et la précaire idéalisation

(46) cf. KANT : "Je dus donc abolir le savoir afin d'obtenir une place pour la croyance" (Critique de la raison pure, op.cit., p. 24) cf. aussi J. LACROIX, op.cit., pp.103-108; A. BERTEN, op.cit., p.150; J.L. BRUCH, La philosophie religieuse de Kant, Paris, 1968, p.261; J. HERSCH, "Was kann ich wissen ? was soll ich tun ? was darf ich hoffen ?" in Savoir, faire, espérer. Les limites de la raison, op.cit., t.I., p.350; J. MOREAU, op.cit., pp.138 et sv.

(47) Voyez, à propos de la révolution qui réussit : "Quand une révolution a réussi et qu'une nouvelle constitution est fondée, l'illégalité du commencement et de son établissement ne saurait libérer les sujets de l'obligation de se soumettre comme de bons citoyens au nouvel ordre des choses" (D.D., 205). Kelsen reprendra cette idée à son compte en substituant le formalisme de la norme fondamentale (qui s'adapte à n'importe quel régime effectif) à l'affirmation kantienne a priori de l'ordre et du devoir d'obéissance.

qui toujours en est faite. La meilleure autorité est celle qui ne s'autorise que des pouvoirs de la loi elle-même (48); tel est d'ailleurs le stade ultime de la juridicité : la République pure où "la loi commande par elle-même et ne dépend d'aucune personne particulière" (D.D., 224) (49).

Deux corollaires importants se dégagent de ce texte : l'individu ne peut s'interroger sur l'origine du pouvoir suprême et, d'autre part, le peuple ne peut s'insurger contre lui.

L'origine du pouvoir suprême est, pour Kant, "insondable au point de vue pratique" (D.D., 201) : inutile de ratiociner à son sujet; on ne saurait mieux exprimer l'a priorité absolue de la loi - sur le modèle d'un commandement divin originel - engendrant la tache aveugle de l'ordre juridique qui implique à son tour une méconnaissance primordiale. Il n'y a pas de savoir de l'origine : il ne peut y avoir que croyance.

Croyance et obéissance; d'où l'interdiction absolue de la
rebellion. L'argument logique qui fonde cette interdiction - la
constitution ne peut prévoir une censure du pouvoir souverain par

(48) P. LEGENDRE, L'amour du censeur, op.cit., p.72 : "Le pape se pose en serviteur (...). Il porte le droit canon, ni plus, ni moins, il en est l'interprète et, s'il en est maître, c'est pour le transmettre". Le pontife de M. Legendre comme le souverain de Kant sont des êtres démembrés, dédoublés : faillibles et soumis comme individus concrets, tout-puissants comme porteurs de la loi. Archétypes, en quelque sorte, de chaque sujet (dédoublé : responsable et assujetti) interpellé par la loi; cf. à propos de Rousseau et Hegel, l'opinion de J.P. GUINLE ("Le législateur de Rousseau et le héros hégélien" in Revue philosophique de la France et l'étranger, n°3, juillet-septembre 1978, p.314) : "il se pourrait qu'en définitive ce qui rapproche le plus Rousseau et Hegel dans leurs conceptions en partie opposées malgré certaines similitudes, du législateur et du héros, ne soit rien d'autre que leur impuissance finale à faire réellement coexister, chez un même homme, la connaissance absolue du vrai et sa réalisation politique effective".

(49) Où Kant rejoint M. Lacan qui écrit : "cest en imposteur que se présente pour y suppléer (pour se présenter comme Autre de l'Autre) le législateur (celui qui prétend ériger la loi). Mais non pas la loi elle-même, non plus que celui qui s'en autorise" (Ecrits, op.cit., p.813). Kant, comme Lacan, enseigne cette vérité fondamentale : c'est s'illusionner de croire qu'on maîtrise la Loi et le législateur, en ce sens, est toujours un imposteur. C'est elle, la loi, qui assigne à chacun son rôle et son discours selon les nécessités de son Texte.

le peuple car alors c'est le peuple, qui ne doit son existence qu'à l'intervention de ce pouvoir, qui serait souverain - n'en répond évidemment pas entièrement. Ici encore est engagée la croyance primordiale comme en témoignent les termes dans lesquels Kant condamne le procès et l'exécution "dans les formes" de Louis XVI. Cette exécution, qui "saisit d'horreur", ressemble à "ces péchés dont les théologiens disent qu'ils ne peuvent être remis en ce monde ou en l'autre (...) c'est un abîme qui engloutit tout sans recours, tel un suicide de l'Etat" (D.D., 203). Ce qui remplit Kant d'horreur ce n'est pas l'atrocité du meurtre (car, comme meurtre, la mise à mort n'est qu'une transgression d'une loi qui, pour le reste, n'est pas discutée), c'est la bonne conscience du révolutionnaire qui prétend juger son souverain. Il s'agit là "d'un total renversement" qui consiste non pas tellement dans l'élimination physique du souverain que dans la discussion du principe de la souveraineté elle-même.

Une telle mise en question met à bas la croyance, ce qui, effectivement, est péché irrémissible. Le peuple peut bien, dans un accès de colère, mettre à mort son roi, mais il ne peut prendre en mains ses destinées, se placer au principe de la loi. Voilà qui rappelle le mythe de la "horde primitive" évoqué par Freud : loin de vivre leurs désirs, une fois le père tué, les frères se soumettent d'eux-mêmes à la loi qu'il incarnait. Ce serait, pour reprendre cette fois l'enseignement de Hobbes, détruire l'Etat lui-même que de prétendre lui désobéir pour le réformer. Fatal aveuglement comparable à celui "des filles de Pélée qui, selon la fable, dans leur désir de rendre la jeunesse à un père décrépît, le coupèrent en morceaux sur le conseil de Médée et le firent bouillir avec des herbes

rares, mais sans en faire un homme neuf" (50).

Mais, dira-t-on, le peuple révolutionnaire ne fait-il pas qu'user de ses prérogatives de co-législateur, n'exerce-t-il pas sa liberté originelle ? C'est oublier l'espace du "comme si" (le législateur-souverain agit "comme si" le peuple était l'auteur des lois) par où transite l'effet de croyance; dans l'ordre légal il n'est de liberté que sous la loi.

On trouve dans le "contrat social" de Rousseau, les mêmes ambiguïtés alors que le philosophe français voyait pourtant dans le peuple la source unique de la souveraineté et ne tolérait pas, à la différence de Kant, la délégation de celle-ci. C'est tout d'abord la distinction entre volonté générale "qui est toujours droite" (elle est "dans chaque individu un acte pur de l'entendement qui raisonne dans le silence des passions") (51) et volonté de tous, qui peut errer. C'est ensuite le problème de la formulation de la volonté générale. Seule une intelligence supérieure, qui connaîtrait les passions humaines sans jamais y céder, pourrait correctement interpréter les préceptes de cette voix de la raison. C'est ce que ne manque pas d'observer Rousseau, appelant de ses vœux un "homme extraordinaire dans l'Etat" - sur le modèle de Moïse, Lycurge et Numa - ou, mieux encore, l'intervention directe d'un Dieu : (52)

(50) Cette histoire s'insère, sous la plume de Hobbes, dans un enseignement au moins aussi net que celui de Kant. Il faut, dit Hobbes, se contenter du mode de gouvernement dont on dispose présentement. Car ce n'est pas le type de gouvernement (assemblée aristocratique ou démocratique) qui assure la prospérité des peuples, mais bien l'obéissance du peuple au régime, quelle que soit sa nature. D'où l'aveuglement des révolutionnaires, comparables aux filles de Pélée, portant atteinte au fondement de tout droit possible : l'obéissance à la figure du Père. "Le désir de changement, poursuit Hobbes, est comparable à l'infraction au premier commandement de Dieu; Dieu y dit en effet : "non habebis deos alienos", vous n'aurez pas les dieux des autres nations. Et dans un autre endroit, il dit des rois "qu'ils sont des dieux" (T. HOBBS, Le Léviathan, op. cit., 361). Corollaire de ceci : le peuple ne discutera ni ne blâmera le pouvoir souverain, selon le prescrit du troisième commandement (ibidem, p.362).

(51) J.J. ROUSSEAU, Du contrat social, in Oeuvres complètes, t.III, coll. La Pléiade, Paris, 175, p.286.

(52) J.J. ROUSSEAU, ibidem, p.381.

"il faudrait des Dieux pour donner des lois aux hommes" . Seul un tel législateur, qui se différencie d'ailleurs des simples "faiseurs de lois", est en mesure de concrétiser dans des lois les enseignements "d'une raison sublime qui s'élève au-dessus de la portée des hommes vulgaires " (53).

Nous voilà ramenés en ce point focal d'où irradie tout savoir de la loi : le peuple n'invente pas son droit : il s'y soumet parce qu'il est bon; quant au législateur, il ne l'invente pas non plus, il le traduit en textes sous la dictée d'une inspiration supérieure. Double espace de jeu - du peuple au législateur et du législateur au Législateur - où s'esquive et se masque la source de la loi. La liberté, toujours promise, s'épuise à ce jeu qu'elle ne saurait gagner car, en définitive, c'est la loi qui conditionne la liberté.

Comme l'écrit Kant, le rapport du peuple au souverain n'est pas tant une société, une association, que ce qui produit une société (D.D., § 41, 188). Le rapport d'autorité est constitutif de la société, la loi est au principe. Ce qui ne manque pas de poser des problèmes pratiques très réels non à Kant, qui les laisse aux jurisconsultes, mais à Rousseau qui ne parviendra jamais à concilier son rêve de démocratie directe, excluant la manipulation idéologique (solution de Hobbes) et la violence institutionnelle (solution de Machiavel), et la nécessité d'imposer à tous le règne du droit qu'il souhaite. Contradiction inextricable - il faudrait que les hommes

(53) J.J. ROUSSEAU, ibidem, p.383; où Rousseau rejoint le très conservateur Bossuet procédant à un pareil réductionnisme des virtualités de la théorie du pacte social : "pour entendre parfaitement la nature de la loi, il faut remarquer que tous ceux qui en ont bien parlé l'ont regardée dans son origine comme un pacte et un traité solennel (...). On ne veut pas dire par là que l'autorité des lois dépende du consentement et de l'acquiescement des peuples mais seulement que le prince, qui d'ailleurs n'a d'intérêt que celui du public, est assisté des plus sages têtes de la nation et appuyé sur l'expérience des siècles passés" (BOSSUET, Avertissement aux protestants, cité par G.RICHARD, "La critique de l'hypothèse du contrat social avant J.J.Rousseau" in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, Paris, 1937, p.55.)

fussent avant les lois ce qu'ils doivent devenir par elles (54) - qui ne peut se résoudre que par le fait politique de la prise du pouvoir lié à l'entreprise d'idéalisation de ses détenteurs : effet de croyance qui est aussi effet de dressage (55). Kant disait-il autre chose quand il observait : "l'homme est cet animal étrange qui, du moment où il vit parmi d'autres individus de son espèce, a besoin d'un maître " (56) ?

Cette vérité traverse la Rechtslehre de part en part.

On peut interpréter celle-ci comme le reflet idéologique d'une société historique donnée ou encore comme le passage théorique de l'Ecole du droit naturel classique au courant, bientôt triomphant, du positivisme légaliste. Ces analyses sont exactes car aucune pensée n'échappe à ces sortes de conditionnements.

Mais, pour nous, la Doctrine du droit de Kant comme le Léviathan de Hobbes, est aussi et surtout un traité de la loi en son fonctionnement intemporel. Sur un mode logicien, Kant déploie le champ - quasi mathématique et hors de l'histoire - où se forge le discours dogmatique de l'institution (la Raison d'Etat) et s'inventent les mythologies par lesquelles la loi se propose au respect des sujets.

(54) J.J. ROUSSEAU, ibidem, p.383.

(55) cf. déjà PASCAL (Pensées, Paris, 1962, p.120) : "Le plus sage des législateurs disait que, pour le bien des hommes, il faut souvent les piper. Il ne faut pas qu'ils sentent la vérité de l'usurpation : elle a été introduite autrefois sans raison, elle est devenue raisonnable; il faut la faire regarder comme authentique, éternelle, et en cacher le commencement si on ne veut qu'elle prenne bientôt fin".

(56) E. KANT, Idée d'une histoire universelle, trad. PIOBETTA, p.67, cité par A. BERTEN, op.cit., p.88.

CHAPITRE III
LA THEORIE PURE DU DROIT DE H. KELSEN

Introduction.

Il peut assurément sembler paradoxal d'étudier l'oeuvre du grand juriste autrichien Hans Kelsen sous l'angle de la rationalité mythologique.

Kelsen a voulu faire la théorie du positivisme, un positivisme qu'il prétendit débarrasser de ses derniers vestiges de métaphysique, de iusnaturalisme et de religiosité. Tel est le sens premier de la "pureté" dont se prévaut la théorie du droit de Kelsen.

Ce n'est pas que celui-ci ignorait l'ampleur de la tâche qu'il se proposait. Nul mieux que lui n'a mis en lumière la profondeur des racines que la rationalité juridique plante dans le sol de l'idéal et du mythe. Une très grande partie de son oeuvre s'attache à débusquer les pseudo-rationalisations par lesquelles l'idéal se diffuse dans la pensée juridique, que ce soit de manière apparente comme dans les grandes théories du droit naturel (1) ou de manière voilée comme dans le jeu des notions ontologisantes et des innombrables fictions qui constellent le discours juridique.

Pour mener à bien cette entreprise d'établissement du droit sur des bases autonomes débarrassées des idéalismes métaphysiques et théologiques, Kelsen, ainsi confronté aux exigences d'une science du droit, a su rencontrer la nécessité d'élaborer une épistémologie juridique. La "Théorie pure du droit", avant d'être une théorie générale du droit, est une théorie épistémologique de toute théorie générale du droit possible.

(1) Telle est, du moins, la thèse de Kelsen; nous nous sommes attachés, quant à nous, à montrer que le iusnaturalisme d'Aristote, une fois dégagé des durcissements que lui ont imprimés des siècles de commentaire dogmatique, se révélait beaucoup plus souple qu'on ne le croit généralement et ne participait qu'indirectement de la dérive mythologique affectant la pensée juridique.

La rupture par rapport au savoir juridique antérieur est donc double : non content de conjurer l'idéal de l'objet de son étude -c'est le choix délibéré du droit positif comme seul objet possible de sa théorie- Kelsen, à la différence des positivistes "classiques", entend élaborer une théorie qui, de par sa méthode, récuse à son tour les pièges de l'idéalisation -c'est le choix délibéré d'une théorie positiviste du droit (positif) comme seule version possible d'une science du droit.

C'est dire la difficulté, mais aussi l'enjeu, de notre analyse de la théorie kelsenienne en termes de mythologie. Cette analyse qui, dans un premier temps, pourra se contenter d'enregistrer favorablement les dénonciations prononcées par Kelsen à l'encontre de l'attachement dogmatique de la doctrine juridique ambiante, devra ensuite se porter à la fois sur le terrain de l'épistémologie et de la théorie du droit. Au projet de Kelsen de fonder une théorie du droit sur une véritable science de celui-ci devra répondre une interrogation qui découvre le travail du mythe et de la croyance à ce double plan.

L'enjeu de l'entreprise est cependant à la mesure de sa difficulté. Si nous parvenons en effet à rapporter les constructions kelseniennes à la clôture discursive et aux effets fondamentaux de croyance qui la soutiennent, nous aurions du même coup ébranlé l'idée qui veut que l'influence du mythe sur la pensée juridique est sans doute réelle mais réservée aux temps anciens, au droit antérieur, au droit autre, quelles que soient par ailleurs les époques ou les régions par où passe cette frontière protectrice imaginaire. Nous aurions montré que les figures mythologiques et leur cortège de croyances fonctionnent dans la théorie du droit qui est nôtre, continentale, contemporaine, positive. Et qu'elles y fonctionnent d'autant plus efficacement qu'elles se sont effectivement laïcisées.

Sans anticiper sur nos développements ultérieurs, il nous faut cependant suggérer le biais par lequel l'idéal s'insinue dans le logicisme kelsenien. Comme c'est le cas bien souvent, nous verrons que cette opération se réalise autant par la question qui est posée, que par la réponse qui y est donnée.

Or, la question que Kelsen pose au droit est de savoir pourquoi il est objectivement valide. Ce qui est ainsi poursuivi, ce n'est pas tant le relevé des conditions de validité d'une norme statué par un ordre juridique donné (validité relative) que le fondement de la validité (Geltungsgrund) de cet ordre dans son ensemble (validité objective). Quête fondationnelle qui, débouchant sur la norme fondamentale, entraîne la clôture logicienne de l'ordre juridique. Il s'agit assurément de la question centrale de la Théorie pure du droit, question éternelle s'il en est, comme le reconnaît Kelsen lui-même, comparant sa théorie et celle du droit naturel et observant : "la Théorie pure du droit s'interroge elle aussi sur le fondement de validité d'un ordre juridique positif" (2). Kelsen formule encore la question autrement : pourquoi les normes juridiques tenues subjectivement pour valides par leurs auteurs et leurs destinataires, le sont-elles aussi objectivement?

Cette question, nous aurons l'occasion de le préciser, se ramène en définitive à la question de l'obéissance au droit, la validité de la norme étant synonyme pour ses destinataires, de son caractère obligatoire (3). Pourquoi le droit doit-il être obéi? C'est le titre même d'un article de Kelsen (4) confrontant la réponse de la Théorie pure du droit à celle de la théorie du droit naturel, par où s'indique la continuité d'un souci au-delà de la divergence des formulations. Pourquoi le droit doit-il être obéi? Non pas obéi comme on obéit sous la menace, mais obéi "comme de droit", parce que légitimement le droit doit être obéi. Où Kelsen reprend la question séculaire -St Augustin la posait déjà- de la différence entre l'ordre imposé par un voleur et l'ordre comminé

- (2) H. KELSEN, "Justice et droit naturel" in Le droit naturel, Annales de philosophie politique, III, Paris, 1959, p.121.
- (3) H. KELSEN, "Eine phänomenologische Rechtstheorie" in Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 1965, Band XV, Heft 4 : "Unter "Geltung" einer Norm verstehe ich aber ausschliesslich und allein : das die Norm befolgt bzw. angewendet werden soll".
- (4) H. KELSEN, "Why should the law be obeyed?" in What is Justice? Collected essays by H. KELSEN, Berkeley, 1957.

par une autorité juridique, ou encore la différence entre une "communauté juridique" et une "bande de voleurs" (5).

Ce qui est ainsi visé c'est cette qualité supplémentaire, la validité objective précisément, qui s'ajoute à la contrainte pour la transformer en impérativité juridique. M. Virally qualifie avec beaucoup de perspicacité cette recherche "de ce qui confère aux ordres juridiques leur force particulière", de quête de la "pierre philosophale" (6). Objet convoité qui métamorphose le métal en or, désir où miroite le jeu de l'idéal. Effet magique que Kelsen a parfaitement perçu et que -mythologie oblige- il rapporte quant à lui à la légende du roi Midas : "le droit ressemble au roi Midas. Tout ce que celui-ci touchait se transformait aussitôt en or; de façon analogue, tout ce à quoi le droit a trait devient droit" (Th.P.D., II, p.369; cf. aussi Th.P.D., I, p.133). Si telle est, selon Kelsen, la propriété du droit, nous observerons quant à nous qu'il s'agit d'un effet de la théorie du droit telle que Kelsen la présente. Le "monisme normatif" (cf. infra) de Kelsen l'oblige à saisir toute réalité quelconque sous la forme du droit obligatoire (7). Ainsi la Théorie pure du droit, pour ne pas avoir déplacé la question dogmatique du fondement de la validité juridique, se produit comme discours clôturé et diffuse à son tour les effets de croyance et d'obéissance. Sans doute Kelsen réussira-t-il à rationaliser, sinon à mettre en forme logique, la théorie de la validité; mais en définitive, n'est-ce pas parer d'un prestige nouveau la question mythologique concernant la perfection de la loi?

(5) La question est récurrente sous la plume de Kelsen; cf. notamment Théorie pure du droit, trad. de la 1ère édition par H. THEVENAZ, Neuchâtel, 1953, p.37; Théorie pure du droit, trad. de la 2è édition, par C. EISENMANN, Paris, 1962, p.61 et suiv. Dans la suite, ces deux ouvrages seront cités, dans le corps même du texte, sous la forme suivante : Th.P.D., I pour la traduction de Thévenaz et Th.P.D., II pour la traduction de Eisenmann.

(6) M. VIRALLY, La pensée juridique, Paris, 1960, p.XXXIV.

(7) en ce sens, C. MARTYNIAK, "Le problème de l'unité des fondements de la théorie du droit de Kelsen" in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, Paris, 1937, p.174 : "Comme Midas, roi légendaire, changeait en or tout ce qu'il touchait, ainsi le juriste change en droit tout ce qu'il prend pour objet de sa connaissance".

Le grand juriste autrichien se défend de cette interprétation en soutenant que la réponse qu'il donne à la question de la validité est seulement conditionnelle (8), ou encore que la justification qu'il propose de la validité juridique est, contrairement aux réponses classiques, une justification immanente, intra-juridique (9).

Toute la théorie kelsenienne peut en effet être interprétée comme une tentative de récuser les références "transcendantes" par lesquelles le droit a cherché à se légitimer : Dieu, Nature, Justice, Opinion publique ... récusation liée à la volonté de fonder la validité juridique de manière exclusivement immanente, le droit ne devant chercher d'autre appui qu'en lui-même pour s'imposer (10).

Mais si Kelsen analyse selon le schéma du dogme judéo-chrétien la réponse donnée à la question de la validité en termes de transcendance, il est logique d'analyser la réponse que Kelsen donne à la même question, en termes d'immanence, selon le schéma du panthéisme. Le reproche que fait Kelsen à la théorie classique est de fonder le droit sur du non-droit, sur des données extérieures au droit; mais sa construction, si elle s'appuie sur des éléments intérieurs au droit, revient néanmoins à opérer la même fondation, c.à.d. à rationaliser l'effet magique de validation. Dans le premier cas la réponse à la question sacrée est qualifiée par Kelsen de réponse transcendante inspirée du modèle judéo-

(8) H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., p.122.

(9) H. KELSEN, "Why should the law be obeyed?", loc.cit., p.263 : "the inherent validity of the positive law".

(10) C'est cette évacuation de la référence transcendante au droit, le légitimant de l'extérieur, qui, en définitive, oppose la majorité des juristes à Kelsen. Ainsi, L. HUSSON : "la théorie de Kelsen est un système logique d'une parfaite cohérence; mais ce n'est qu'une construction intellectuelle. Or, le Droit est une réalité sociale dont l'un des caractères spécifiques est de ne pas se réduire à un appareil de contrainte mais d'appuyer le recours éventuel à la contrainte sur une autorité morale qui la justifie et tend, dans la mesure où elle s'impose, à la rendre inutile. Nous ne pensons pas qu'on puisse en rendre compte sans chercher la source de cette autorité morale, ni s'appliquer à le faire respecter sans prendre soin de la confirmer" ("La dialectique de l'être et du devoir être" in Archives de philosophie du droit, t.13, 1968, p.224, note 1).

chrétien (11); dans la mesure où Kelsen ne s'affranchit pas de cette question et qu'il se contente d'y répondre de façon immanente, il n'est dès lors pas illogique de lui prêter, à notre tour, le modèle panthéiste. Cette vérité est apparue très tôt aux commentateurs de l'oeuvre de Kelsen : dès 1927 Duguit parlera du "panthéisme de Kelsen" (12). Du reste Kelsen lui-même suggère cette assimilation, quand, critiquant le dualisme de l'Etat et du droit, inspiré selon lui du dualisme judéo-chrétien de Dieu et du monde, il compare la position de la Théorie pure du droit à celle du panthéisme philosophique (13).

Parce qu'il a proclamé l'inexistence de tous les rois Midas trônant au-delà du droit positif, Kelsen s'imagine avoir définitivement conjuré de la pensée juridique les séquelles de métaphysique et de religiosité qui l'obscurcissaient. Or, il faut bien constater que ce projet échoue dans la mesure où, s'efforçant de répondre à une question elle-même chargée de métaphysique et de croyance, Kelsen réintroduit l'idéal au sein du droit positif lui-même, décuplant ainsi son efficacité. Récusant les Midas méta-juridiques, sans renoncer à l'effet mythologique de la pierre philosophale (quête d'une fondation scientifique de la validité juridique objective), il prête au droit lui-même le pouvoir surnaturel de transsubstantiation du réel, notamment la capacité de se valider et de fonder sa propre obéissance.

1) Si le projet kelsenien de laïcisation définitive du droit s'avère être un échec, a fortiori en va-t-il de même de son projet

- (11) H. KELSEN, "der Gottesbegriff der christlich Theologie charakterisiert sich vor allem durch seine Transzendenz" in "Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik" in Die Wiener rechtstheoretische Schule, Wien, 1968, p.116.
- (12) L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3è éd., 1927, p.65; cf. aussi C. MARTYNIAK, loc.cit., p.174 et M. van de KERCHOVE, Les deux versions de la théorie kelsenienne des conditions de validité d'une norme juridique, contribution à l'étude des présupposés épistémologiques de la théorie pure du droit, Mémoire inédit, Louvain, 1970, p.22.
- (13) H. KELSEN, "Gott und Staat", in Die Wiener rechtstheoretische Schule, op.cit., pp.183, 186, 193.

d'élaboration d'une théorie réellement scientifique du droit. Alors qu'un tel dessein impliquait une indispensable mise à distance critique à l'égard de l'objet d'étude (14), nous verrons que Kelsen, s'il échafaude effectivement un propos de type théorique, est resté engagé dans une perspective interne au droit, se contentant de rationaliser les idéaux dogmatiques que véhicule le discours juridique positiviste contemporain. Posant au droit les questions que le droit, toujours, conduit à poser, Kelsen n'a pas su se dégager comme il l'aurait fallu dans une optique scientifique de "l'auto-interprétation du droit par lui-même" ("Selbstdeutung"), phénomène qu'il avait pourtant parfaitement mis en lumière (15).

Notre propos s'échelonnera en trois développements. Une première section sera consacrée aux analyses que propose Kelsen de la théorie classique du droit. Elle confirmera la légitimité de notre approche de la Théorie pure du droit en termes de mythologique dans la mesure où ce sont des critiques fortement inspirées par elle que Kelsen oppose à la pensée juridique traditionnelle. Une seconde section portera sur l'épistémologie juridique de Kelsen; l'exposé de celle-ci sera assortie d'une tentative de mise en question de celle-ci. Enfin une troisième section analysera la question centrale de la validité des normes juridiques telle que l'expose le maître autrichien; c'est en ce point que se concentreront nos principales interrogations critiques.

Section I : Le sens de la critique kelsenienne de la doctrine juridique classique.

Il est courant d'interpréter la réaction de Hans Kelsen à la théorie du droit classique comme une réaction dirigée contre les doctrines du droit naturel. Kelsen étant considéré comme le théoricien par excellence du positivisme, il est conforme aux

(14) en ce sens, M. van de KERCHOVE et F. OST, "Possibilité et limites d'une science du droit", in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1978, n°1, p.24.

(15) "ceux qui visent à connaître le droit se trouvent parfois en présence d'une interprétation des matériaux par eux-mêmes qui anticipe et empiète sur l'interprétation que la connaissance juridique a mission de donner" H. KELSEN, Th.P.D., II, p.4.

habitudes de pensée de lui prêter un dessein anti-iusnaturaliste. Une telle interprétation épouse parfaitement les contours de la controverse récurrente positivisme-iusnaturalisme, controverse qui n'est pas sans analogie avec celle que nous avons dénoncée au plan de la logique juridique et qui opposait les formalistes aux anti-formalistes. Or, de la même manière que le débat qui sclérose la question de la logique juridique masque l'objet théorique subvertissant de manière implicite les thèses en présence, ainsi aussi le débat positivisme-iusnaturalisme nous paraît figurer une représentation en trompe-l'oeil, tant il est vrai que des présupposés communs travaillent les deux positions et les rapprochent sur l'essentiel. C'est le grand mérite de Kelsen d'avoir pressenti ce phénomène et jeté les premières lumières sur le véritable fondement de la théorie du droit traditionnelle. Il serait dès lors tout à fait réducteur d'interpréter la pensée du juriste autrichien comme un anti-iusnaturalisme classique. Car s'il est exact que Kelsen a consacré de très amples développements à la réfutation des thèses iusnaturalistes, une lecture attentive de son oeuvre révèle qu'elle opère une pareille mise en question de la théorie du droit positiviste.

Un tel dessein n'implique pas seulement une extension du champ de la critique; il signifie aussi le bouleversement du sens et des moyens de cette critique. C'est dire que Kelsen a su considérablement renouveler la portée de la mise en question qu'il opère. Ainsi aussi les auteurs marxistes qui rejettent pareillement iusnaturalisme et positivisme ne pouvaient-ils le faire que sur base d'un renouvellement de la problématique théorique : c'était l'émergence, en l'occurrence, du concept d'idéologie, la théorie du droit étant censée produire un reflet trompeur et réconcilié d'une réalité économique et sociale marquée par la lutte des classes.

Sur quelle base nouvelle s'opère quant à elle la critique kelsenienne? C'est ce que nous voudrions examiner à présent.

On peut retenir, sous la plume de Kelsen, divers angles d'approche qui s'échelonnent du plus périphérique (le caractère idéologique de la pensée juridique), au plus central (la nature

théologique de cette pensée). Kelsen a soutenu très souvent l'idée que la théorie du droit traditionnelle, qu'elle soit d'inspiration positiviste ou iusnaturaliste, était une théorie idéologique. Il entendait souligner ainsi que loin d'exprimer la réalité du droit positif, elle en fournissait des évaluations tantôt idéalisées, ce qui rencontrait les souhaits des détenteurs du pouvoir, la théorie du droit légitimant alors les institutions existantes, tantôt (mais beaucoup plus rarement, précise-t-il) critiques, ce qui rencontrait les besoins des groupes luttant pour la conquête du pouvoir (16). Kelsen va même jusqu'à préciser la nature historique de cette complaisance de la science du droit par rapport au pouvoir. Selon lui -l'idée sera reprise par un auteur marxiste contemporain comme M. Mialle (17)- les théories du droit naturel dominant dans les périodes politiquement troublées comme à la fin du XVIII^e siècle et depuis la première guerre mondiale, alors que le droit et les institutions politiques ont vivement besoin de légitimation extérieure. En revanche, des périodes politiquement plus calmes comme le XIX^e siècle sont propices à l'épanouissement des idéologies positivistes (18). Quoi qu'il en soit de ces précisions historiques, la conclusion est que dans tous les cas la véritable fonction de la théorie du droit est moins de faire avancer la science que de soutenir des visées politiques. Et Kelsen d'observer que l'assentiment général que recueille cette forme de "savoir" provient sans doute du fait que, comme les mensonges admis par Platon dans le dialogue des Lois, il s'agit en l'espèce de mensonges "utiles au gouvernement" (Th.P.D., I, 94).

La qualification "d'idéologique" que Kelsen propose de la théorie du droit ne devrait cependant pas conduire à l'interprétation de la démarche kelsenienne en termes marxistes, tant il est

(16) H. KELSEN, "La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit" in Revue de métaphysique et de morale, 1934, p. 190 : "la tendance idéologique qui caractérise la doctrine classique", Th.P.D., I, p.56 : "la science traditionnelle du droit a toujours, qu'elle s'en rende compte ou non, un caractère idéologique plus ou moins accentué".

(17) M. MIAILLE, Une introduction critique au droit, op.cit., p.212.

(18) H. KELSEN, "La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit", loc.cit., p.195.

vrai que Kelsen comprend également la théorie du droit communiste dans le champ de sa critique (19). Ce serait une fois encore réduire la portée de la pensée kelsenienne que de la comprendre comme mise en cause de la seule théorie du droit bourgeois.

C'est bien plutôt la justification de l'obéissance au droit sans cesse renouvelée par la philosophie que Kelsen interroge. Ce projet, infiniment plus fécond que la mise en cause de telle ou telle forme de théorie du droit, repose sur une intuition centrale : l'idée que pour garantir l'obéissance au droit, il faut faire miroiter en lui quelque reflet de l'absolu. Cette idée est développée selon plusieurs axes traduisant les diverses influences philosophiques qui ont pesé sur l'élaboration de la pensée kelsenienne.

Une première approche, redevable à l'école néo-kantienne de Marbourg (Cohen, Natorp, Cassirer), consiste à rejeter, comme porteuse de toutes les illusions de l'ontologisme, la notion de substance. La substance, la chose en soi, ne peuvent faire l'objet d'un savoir scientifique car celui-ci ne peut en fournir une connaissance définitive et absolue, contrairement à ce que ces notions suggèrent. Ainsi seront-elles remplacées, dans le cadre d'un savoir relatif et en évolution constante, par celles de fonction et de relation (20).

L'exemple type de substance utilisée par la théorie du droit traditionnelle est la notion de justice. . "La" justice, écrit Kelsen, "est au-delà de l'expérience, comme l'idée platonicienne est au-delà de la réalité, ou la chose en soi transcendante au phénomène" (21). Dès lors cette notion ne peut-elle faire l'objet d'une connaissance rationnelle, son maniement doit être réservé au domaine des idéaux politiques ou à la politique juridique.

Mais il n'y a pas que l'idée de justice qui obscurcisse, de ses voiles métaphysiques, la pensée juridique.

(19) cf. KELSEN, The communist theory of law, London, 1955.

(20) en ce sens, cf. C. MARTYNIAK, "Le problème de l'unité des fondements de la théorie du droit de Kelsen", loc.cit., p.173.

(21) H. KELSEN, "La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit", loc.cit., p.187.

L'originalité de Kelsen est d'avoir repéré d'innombrables "substances" dans la trame des discours juridiques; substances entraînant ce discours sur la pente de funestes dualismes calqués sur le dualisme métaphysique de l'être et de l'apparaître, de la substance et des accidents. Ainsi les notions d'Etat, de sujet de droit, de droit subjectif. Là où il n'y a qu'un faisceau de relations, l'esprit, par un penchant naturel mais peu scientifique, a tendance à déceler une substance plus "vaste" et plus permanente que les relations et fonctions qu'elle concentre. S'opère ainsi un dédoublement de l'objet d'étude accompagné de l'hypostase d'une de ses composantes (la substance) et la dévalorisation de l'autre (les relations et fonctions), ce qui ne peut conduire qu'à une représentation idéalisée de la réalité et engendrer d'insolubles problèmes tel celui des rapports entre l'être et les phénomènes (22).

Ainsi en va-t-il des problèmes du rapport entre le droit et l'Etat. Avançant encore d'un pas, Kelsen observe que l'hypostase ou idéalisation des formes sous-jacentes aux données juridiques prend le plus souvent l'aspect d'une personnification de celles-ci : ainsi parle-t-on de l'Etat ou du sujet de droit comme de personnes auxquelles on prête notamment raison et volonté. C'est là, conclut-il, la trace, dans la pensée juridique, d'une forme mythologique de raisonnement qui ne peut s'empêcher de se représenter le monde sous les traits de personnages animés et configurés de manière anthropomorphique (23). Ainsi les anciens cherchaient-ils un Dieu derrière un arbre ou une source, ainsi voyaient-ils Apollon derrière le soleil. Autant de fictions, jouant un certain rôle pratique, qu'il importe de dénoncer dans un discours scientifique. Ce second angle d'approche de "l'absolu" à l'oeuvre dans la pensée juridique peut être rapporté à l'influence sur Kelsen de la philo-

(22) cf. notamment, H. KELSEN, "Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik" in Die Wiener rechtstheoretische Schule, op.cit., p.99 et sv.

(23) H. KELSEN, "Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse" in Die Wiener rechtstheoretische Schule, op.cit., p.212 : "Vom Standpunkt der Erkenntniskritik stellt sich diese mythologische Methode, die schon kraft unserer Substantivischen Sprache (...) noch tief in alle Wissenschaften insbesondere aber in die Geisteswissenschaften hineintragt, als die zu überwindende, weil fehlerhafte Tendenz dar, die von der Erkenntnis allein zu bestimmenden, durch Erkenntnis allein bestimmbare Relationen in feste Dinge, die Funktion in Substanz umzudeuten". On aura remarqué que Kelsen use du concept de "mythologie" dans son sens habituel, sans trait d'union (cf. supra, l'Introduction générale).

sophie des fictions du pragmatiste Hans Vaihinger (24).

Mais Kelsen ne s'en tient pas à ces transpositions, quelque peu mécaniques, des thèses philosophiques de son époque. Libéré cette fois de tout conditionnement théorique, il pousse encore plus loin l'investigation de l'idéal juridique. En deux étapes il aboutit à la découverte du fondement théologique de la pensée juridique classique : la première consiste à déceler le travail d'un absolu, subvertissant à leur insu les thèses les plus positivistes; la seconde le conduit à rapporter cet absolu au noyau dur des thèses du droit naturel, elles-mêmes présentées comme doctrines théologiques. Voyons cela plus au large.

Cette prégnance de l'absolu se manifeste dans la définition qu'on donne habituellement du droit. Sans doute ne considère-t-on plus aujourd'hui le droit comme une catégorie éternelle et absolue; on admet que le droit positif est conditionné par des facteurs historiques, sociaux, économiques... Mais par ailleurs on continue à admettre l'idée d'une valeur morale absolue, d'une norme de justice permanente. Et bien que l'on prétende distinguer soigneusement les sphères morales et juridiques, justice et droit restent reliés par des fils plus ou moins visibles (Th.P.D., I, 57-58). Il y a, dans la mise en oeuvre du droit positif, comme une tension vers l'idéal juridique : pour être droit, la norme doit correspondre à un "minimum éthique" (25) ou encore à "l'idée de droit" (Th.P.D., I, 58). Alors que le rapprochement d'une sphère juridique frappée de relativité et d'une sphère morale idéalisée devrait conduire à approfondir encore la séparation entre ces deux domaines, c'est le contraire qu'on observe, l'absolu moral gagnant le droit par contagion, cet effet étant notamment facilité par la définition du droit comme "norme", norme à laquelle se communique quelque chose de l'idéal éthique (26). Et Kelsen de conclure : "de la proposition que quelque chose est prescrit par le droit, que quelque chose est juridiquement obligatoire, n'est jamais totalement absente la représentation que la chose prescrite ou obligatoire est

(24) en ce sens, C. MARTYNIAK, loc.cit., p.176.

(25) H. KELSEN, "La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit", loc.cit., p.192; c'est pourquoi Kelsen parle "d'adhésion réticente au positivisme" (Th.P.D., I, p.58).

4 bonne, juste, équitable" (26).

Pour qui mesure l'attachement de Kelsen aux démonstrations rigoureuses, aux développements et aux confirmations empiriques, les passages que nous venons de reproduire ne manqueront pas de susciter la plus grande attention. Transcendant en quelque sorte les carcans que lui impose son épistémologie positiviste habituelle, guidé par "la chose de la pensée" comme dirait Heidegger, Kelsen pointe vers cette vérité indémontrable mais, nous paraît-il, absolument fondamentale : l'idéal polarise la pensée des juristes. L'indétermination même de cette conclusion est le signe de son efficace : comme la tache aveugle de l'oeil permet la vision sans être pour autant transparente à elle-même, ainsi l'idéal guide le raisonnement juridique sans pour autant se prêter à une théorisation complète. Même un siècle de positivisme juridique n'aura pas suffi à dégager le droit de cette emprise ni à dissuader les juristes à diffuser la croyance. Ce dernier effet n'échappe pas non plus à Kelsen qui observe : "les juristes ne renoncent pas volontiers à croire et à faire croire que leur science permet de trouver la "juste" solution des conflits d'intérêts au sein de la société" (Th.P.D., I, p.13).

Nous ajouterons quant à nous que la nature de l'idéal en question importe peu; Kelsen le rapproche ici de l'idéal éthique du juste; on pourrait tout aussi bien le rapprocher de l'idéal scientifique du vrai ou de l'idéal psycho-sociologique du normal. Sous toutes ces versions opère l'image de l'absolu dont l'archétype doit être trouvé dans le discours mytho ou théo-logique. Passage à la limite que Kelsen a parfaitement appréhendé. L'idée est que, s'il est vrai que le positivisme juridique est gagné par un absolu, il s'agit d'une séquelle de la doctrine du droit naturel et que le fondement de cette doctrine est de nature théologique.

Nous entrons ainsi dans le vif de la déconstruction kelsenienne des thèses iusnaturalistes. Pour instruire ce procès, Kelsen reprend parfois des arguments classiques; ainsi la constata-

(26) H. KELSEN, "La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit", loc.cit., p.193; Th.P.D., II, p.93.

tion que sur les points les plus importants de la vie sociétaire -la forme de la propriété (individuelle ou collective) ou la forme de l'Etat (démocratique ou autoritaire)- le droit naturel "éternel" a fourni les réponses les plus contradictoires (27). Ainsi l'idée que les normes du droit naturel ne peuvent être que des suppositions des théoriciens du droit naturel dans la mesure où il n'existe nulle preuve de leur positivité c.à.d. de manifestations empiriques de l'acte par lequel elles seraient établies (Th.P.D., I, p.88). Ainsi encore l'idée que toute la doctrine du droit naturel procède d'une erreur logique lorsqu'elle prétend dégager une norme, un devoir, d'un état de fait (la nature) ou d'une fonction de connaissance (la raison) (28).

Les offensives positivistes s'en tiennent généralement à ces premières critiques. Kelsen quant à lui se pose une question qui lui permettra de percer beaucoup plus en profondeur la rationalité sous-jacente aux théories iusnaturalistes : comment ces théories peuvent-elles se maintenir en dépit de leurs évidentes faiblesses? La réponse est simple : ces théories ont un fondement théologique qui dissout ou déplace les objections formulées à leur rencontre.

Il n'y a, explique Kelsen, qu'une seule manière de lire un devoir dans la nature : c'est de concevoir la nature comme un faisceau ordonné de finalités liées par une volonté supérieure. Ces finalités qui se présentent comme des lois naturelles enregistrant des régularités phénoménales sont interprétées comme des lois normatives, des objectifs assignés au monde et aux créations. Mais une telle interprétation repose sur le présupposé que cette nature réalise le dessein d'un être supérieur, une autorité transcendante qui incarne la valeur morale absolue. Ce n'est qu'à condition de concevoir la nature comme gouvernée par un Dieu juste et tout puissant qu'on peut y lire les enseignements d'un droit juste (29).

(27) H. KELSEN, Th.P.D., I, p.92; "Justice et droit naturel", loc. cit., p.102; "Positivisme juridique et doctrine du droit naturel" in Mélanges en l'honneur de J. DABIN, Bruxelles, 1963, p.144; Th.P.D., II, p.297.

(28) H. KELSEN, Th.P.D., I, p.88; "Positivisme juridique et doctrine du droit naturel", loc.cit., p.146; "Justice et droit naturel", loc.cit., p.68.

(29) H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., p.70; Th.P.D., II, p.298.

C'est encore la même présupposition qui anime la version moderne "rationaliste" du droit naturel, selon laquelle la source de ce droit réside dans la raison de l'homme. Un examen approfondi de ces thèses fait apparaître que la raison dont on déduit les préceptes d'un droit juste, n'est pas la raison empirique de l'homme quelconque, c'est la "recta ratio", la droite raison dont parlait déjà Cicéron et qui est calquée sur une raison supérieure (30). Ainsi en est-il du concept contradictoire de raison pratique de Kant, concept qui cache mal son modèle théologique. Dès lors, que l'on prétende dégager ces principes du droit naturel de la nature ou de la raison humaine, on se réfère, en fait, dans chaque cas (31), à une source transcendante, une rationalité supérieure, une autorité divine.

C'est seulement dans l'univers divin que la contradiction logique affectant les théories du droit naturel se dissout. Car pour Dieu en effet il n'y a plus de différence entre l'ordre de l'être et du devoir être, le dualisme logique de l'être et de la valeur est éliminé. La création est aussi sa volonté et sa raison est non seulement connaissance mais aussi vouloir (Th.P.D., I, p.88). Si donc, selon Kelsen, toute doctrine du droit naturel a un caractère religieux plus ou moins accentué (Th.P.D., I, p.87), si le droit naturel implique "croyance religieuse" (32), alors s'explique l'échec des théories du droit naturel variable ou concret, théories qui se privent du plus puissant atout de la doctrine iusnaturaliste qui est précisément de fournir au droit positif un étalon de valeur (et donc une légitimation) absolue. En définitive, ces théories se ramènent soit à la position relativiste du positivisme (33), soit au iusnaturalisme classique (34).

(30) H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., p.83.

(31) Kelsen étend aussi sa démonstration aux théories du droit naturel qui prétendent trouver leur source dans les instincts de l'homme ou dans sa conduite normale ("Justice et droit naturel", loc.cit., pp.75 à 82).

(32) H. KELSEN, "Positivisme juridique et droit naturel", loc.cit., p.147.

(33) H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., p.105.

(34) H. KELSEN, ibidem, p.109.

Si l'on tente de ramasser en une idée les différentes analyses que Kelsen applique à la théorie classique du droit -son caractère idéologique, ontologisant, mythologique (usage de fictions personnificatrices) et enfin théologique- on peut soutenir que dans chaque cas cette pensée poursuit une visée fondatrice (et légitimatrice) sur base d'une référence transcendante : la substance, le double personnifié et supérieur, la raison législatrice de Dieu. Ainsi la raison (au sens de fondement, "grund") du droit se trouve dans un "au-delà du droit positif" (35). Contre cette transcendance et le dualisme qu'elle entraîne, la Théorie pure du droit, nous le verrons, s'inscrit en faux et prétend dégager le fondement du droit dans une perspective exclusivement immanente.

Mais alors se pose un problème dont l'exposé nous permettra de poser à notre tour les premières questions critiques à Kelsen. Car si l'auteur de la Théorie pure conclut au dualisme et au caractère transcendant de la doctrine classique, il expose aussi, avec une lucidité remarquable, son effort pour gommer ce dualisme et pour rendre immanent au droit positif la référence méta-juridique. Il faut prendre très au sérieux, nous semble-t-il, cette volonté d'intégration de l'idéal au sein du discours juridique positif; loin d'être accessoire, ce trait en est peut-être le plus significatif.

Plusieurs arguments étayent la démonstration de Kelsen. C'est d'abord que les théoriciens du droit naturel ont toujours souligné la nécessité d'une consécration positive du droit, ce qui, en toute logique, devient pourtant superflu dès qu'on soutient que le droit naturel se dégage de la "lecture" de la nature ou de la raison (36).

D'autre part, et plus fondamentalement, la théorie du droit naturel s'est toujours attachée avec le plus grand soin à minimiser, voire à supprimer, tout risque de conflit entre ce droit et la législation positive. Ainsi a-t-on soutenu que l'obéissance

(35) H. KELSEN, ibidem, pp.121-122.

(36) H. KELSEN, Th.P.D., I, p.89 : la codification deviendrait alors "une activité ridicule, comme un éclairage artificiel en plein soleil".

au droit positif était un précepte de droit naturel; on a enseigné que droit naturel et droit positif se recouvraient mutuellement, ou encore on a présumé le droit positif conforme au droit naturel. Si d'aventure était admise la possibilité d'un conflit entre les deux droits, on réserve sa solution aux seuls organes étatiques chargés d'édicter le droit positif (37). Kelsen observe par ailleurs que les diverses normes de justice proposées par les iusnaturalistes présupposent en réalité un ordre juridique positif pour présenter un contenu concret, c.à.d. pour se révéler opératoires : ainsi en est-il des règles "suum cuique tribuere", de l'imperatif catégorique de Kant ou encore du "fais le bien, évite le mal" de Saint Thomas (38).

Cette situation pose problème à Kelsen; l'étude attentive de la pensée juridique le conduit à reconnaître cette interaction des deux types de discours, alors que sa propre conception du droit naturel l'amène à le concevoir comme un ordre séparé du droit positif, transcendant les législations historiques et susceptibles de les déclarer injustes et invalides.

Cette conception le contraint à reconstruire quelque peu la normativité propre aux thèses iusnaturalistes quitte à contredire les pénétrantes analyses qu'il propose par ailleurs de l'intégration de la référence absolue au sein du droit positif. Ainsi écrit-il : "dans une véritable, une authentique théorie du droit naturel, on ne peut accepter l'idée que tout ordre de contrainte efficace en gros et de façon générale est un ordre normatif objectivement valable" (Th.P.D., II, pp.295-296, nous soulignons). D'une part il montre que les théories iusnaturalistes ont toujours validé le droit positif (39), de l'autre il enseigne qu'une vraie

(37) H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., pp.112 et sv., Th.P.D., I, pp.89-90.

(38) H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., pp.15 et sv., Th.P.D., I, p.90.

(39) H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., p.119; sur le caractère foncièrement moniste de la théorie du droit naturel en particulier et de l'idéalisme juridique en général, cf. P. AMSELEK, Méthode phénoménologique et théorie du droit, Paris, 1964, p.311, note 153 et la citation de Bonnard.

doctrine du droit naturel doit ménager la possibilité d'un conflit avec l'ordre juridique positif. De notre point de vue, cette contradiction n'affaiblit pas l'oeuvre de Kelsen. Mieux vaut en effet faire apparaître une contradiction que de supprimer d'un texte une vérité qui ne cadre pas avec le système d'ensemble. Pour le problème qui nous occupe il est clair que le système d'ensemble est l'opposition transcendance-immanence; on le sait, c'est sur cet axe que se définissent respectivement les positions de la doctrine juridique classique et de la Théorie pure du droit. Kelsen doit donc tenir absolument l'idée que la pensée juridique traditionnelle fonde le droit de manière transcendante. Ceci étant admis, quelle est la vérité contradictoire avec ce fond de référence théorique? C'est l'idée d'une interaction, voire d'une intégration ou d'une assimilation entre le discours de l'idéal (discours iusnaturaliste fondateur et légitimant) et le droit positif lui-même.

Cette idée, dont il a bien décrit certaines manifestations, Kelsen ne peut lui donner un statut théorique satisfaisant; il est contraint de la dévaloriser ou de la refouler (thème de la vraie doctrine du droit naturel qui, elle, se dissocie du droit positif). Ce refoulement est des plus significatifs car il opère au point le plus original de la pensée kelsenienne, point qu'il avait abordé notamment en soulignant combien les théories positivistes contemporaines restaient tributaires du travail de l'idéal du fait de la contagion d'une idée absolue de droit. Ce qu'en définitive Kelsen ne peut intégrer dans sa propre pensée (et dès lors refoule) c'est l'idée que l'absolu germe au sein du droit lui-même; s'il reconnaît bien dans le discours des juristes l'effet de l'idéal, il rapporte cet effet à une cause extérieure au droit positif : idéaux moraux ou religieux extra-juridiques. On voit ce qui est ainsi sauvé : l'espace d'un droit positif radicalement laïc, neutre, réaliste, fonctionnel qui n'attend qu'une épistémologie renouvelée, sur des bases véritablement positivistes, pour voir enfin son autonomie préservée de toute contamination idéalisante extérieure. Où Kelsen dessine en creux la place d'une Théorie pure du droit. Cette constellation théorique nouvelle ne

peut cependant dissiper l'équivoque qui préside à son émergence : un certain refoulement du jeu de l'idéal au coeur du discours juridique.

Section 2 : L'épistémologie juridique de Hans Kelsen : exposé et discussion.

§ 1 : L'idéal d'une science positive.

L'ambition de Kelsen est de doter la théorie du droit d'une épistémologie spécifique tout comme Kant a su, en son temps, produire la théorie de la connaissance adéquate à la pratique des sciences naturelles.

Cette épistémologie devrait engendrer un savoir juridique débarrassé de toute référence "aux autorités métajuridiques telles que Dieu ou la nature" de même que Kant élabore des modèles expliquant la genèse de l'intelligibilité des faits donnés à nos sens sans recourir à quelque intervention métaphysique (Th.P.D., II, p.267).

Le propos de Kelsen est donc clair : arracher la connaissance juridique aux brumes de l'idéologie et "l'élever au rang d'une véritable science" (Th.P.D., II, Préface de la 1ère édition, p.VII). Il s'agirait en l'espèce d'une des sciences morales ou sociales. Cette particularité, si elle entraîne certaines spécificités par rapport aux sciences de la nature, ne justifie cependant pas un statut différent pour la science du droit.

Kelsen est donc étranger à la distinction couramment pratiquée entre sciences exactes et sciences herméneutiques. On peut même dire que, moyennant certaines précisions que nous détaillerons, le modèle de la science juridique est pour lui celui des sciences naturelles.

Plusieurs traits s'en dégagent qui forment l'idéal scientifique qui guidera l'auteur de la Théorie pure tout au long de son oeuvre. Cet idéal est celui de la science positive, par quoi Kelsen entend tour à tour désigner un savoir exact, objectif, rationaliste, réaliste, pur et basé sur des données ou des confirmations empiriques. Dès la première page de la première édition

de la Reine Rechtslehre, Kelsen déclare vouloir se conformer à "l'idéal de toute science, l'objectivité et l'exactitude". Dès lors un tel savoir ne se base que sur des données réelles et empiriquement vérifiables (40). Sans doute la théorie prend-elle distance de l'objet étudié mais jamais elle ne se départira du souci de vérification sinon directe, du moins indirecte. Cette vérification empirique constitue le criterium positif de la vérité des propositions de la théorie (Th.P.D., I, p.39) (41). S'en tenant ainsi à l'étude de réalités existantes et négligeant le domaine de l'idéal, de l'imaginé ou du souhaitable, la science peut être dite réaliste (Th.P.D., I, p.56) et rationaliste (Th.P.D., I, p.31).

Une véritable science doit encore être pure, c'est-à-dire se consacrer exclusivement à l'étude de son objet propre et exclure tout syncrétisme des méthodes (Th.P.D., II, pp.1 et 2). Pureté est donc synonyme d'unité : unité d'objet et de méthode. Kelsen le précise expressément : "toute science postule l'unité de son objet" (Th.P.D., I, p.168). Ce postulat méthodologique justifiera, nous le verrons, le rigoureux monisme logique auquel Kelsen entend soumettre la science du droit (42).

Le propos du travail scientifique consiste, dans cette optique, à ordonner en système la masse des matériaux empiriques qui lui

(40) Cette forme de savoir empirique prend, sous la plume de Kelsen, les formes les plus variées. Outre les investigations opérées au sein même du corpus juridique (Th.P.D., I, p.62 : "recherches comparatives et empiriques sur le contenu des ordres juridiques"), Kelsen entend retenir certains enseignements de la "psychologie empirique" ("Justice et droit naturel", loc.cit., p.82).

(41) en ce sens, M. van de KERCHOVE, Les deux versions de la théorie kelsenienne des conditions de validité d'une norme juridique, op.cit., p.14.

(42) cf. H. KELSEN, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public" in Académie de droit international, Recueil des cours, 1927, p.289 : "l'histoire de la jurisprudence démontre qu'elle est une science dans la mesure exacte où elle satisfait à ce postulat d'unité, où elle réussit à comprendre le droit tout entier en un système unitaire".

sont fournis : chaos des perceptions sensibles en ce qui concerne les sciences naturelles, multitude des normes individuelles et générales en ce qui concerne la science du droit (Th.P.D., II, pp. 98-99). Le caractère scientifique de la théorie se mesure donc à sa capacité d'introduire l'unité dans ce donné, unité exempte de contradictions, cette absence de contradiction constituant elle-même le criterium négatif de la vérité du propos théorique.

§ 2 : Une épistémologie juridique.

Sur la toile de fond que constitue l'idéal d'une science positive, Kelsen n'a cessé tout au long de son oeuvre d'élaborer et de raffiner une épistémologie juridique correspondant à cet idéal. En reconstruisant les grands axes de cette épistémologie, on peut dire qu'elle se définit par deux exigences majeures, correspondantes à deux exclusions. Côté exigences on trouve l'idée que la science du droit est description de son objet en même temps que construction de celui-ci. Côté exclusions, est précisée l'idée que la science du droit ne peut être ni idéalisation de son objet et a fortiori prescription de celui-ci, ni explication causale.

Le premier couple conceptuel (exigence descriptive-exclusion de l'idéalisation et du caractère prescriptif) repose sur l'opposition du droit positif et du droit naturel (43), le second couple (exigence de construction-exclusion de l'explication causale) repose sur l'opposition du Sein et du Sollen.

Enfin, à ces quatre finalités possibles d'une science du droit peuvent être associés quatre courants conceptuels : ainsi à la description de l'objet "droit" correspond le positivisme auquel s'oppose, côté idéalisation, le iusnaturalisme; à la construction de l'objet droit correspond le normativisme, auquel s'oppose, côté explication causale, le sociologisme (comme archétype de toute science basée sur le principe d'explication causale).

(43) Précisons qu'il s'agit cette fois du droit positif et du droit naturel, tels que Kelsen les conçoit : un vrai positivisme donc, opposé à toute forme d'idéalisation (c.à.d., en fait, sous le nom "droit naturel", toute la théorie traditionnelle du droit y compris les positivismes "réticents" du XIX^e siècle).

Ajoutons encore que les deux traits positifs de cette typologie (positivisme et normativisme) sont intimement liés dans la pensée de Kelsen : seule une méthodologie normativiste étant en mesure de dégager l'intelligibilité du donné descriptif (le droit positif). Un tableau résumera ces lignes de force de l'épistémologie kelsenienne.

La science du droit doit être	La science du droit ne doit pas être
1. DESCRIPTION Positivismisme	2. IDEALISATION ou PRESCRIPTION Iusnaturalisme
<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;">dualisme du droit positif et du droit naturel</div>	
3. CONSTRUCTION Normativisme	4. EXPLICATION CAUSALE Sociologisme
<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;">dualisme du Sollen et du Sein</div>	

Précisons chacun de ces points.

①. La science du droit doit être description de son objet. C'est assurément le postulat méthodologique qui revient le plus souvent sous la plume de Kelsen (Th.P.D., I, pp.19, 20, 25, 39, 43, 46, 51, 56). Cette science doit se borner à comprendre la nature du droit et à analyser sa structure (Th.P.D., I, p.56). Pour décrire son objet (droit national ou international), la science juridique formule des propositions ou règles de droit (Th.P.D., I, p.19); ce n'est pas dire qu'elle édicte des normes (la science du droit n'est pas une autorité juridique), elle se contente de décrire les normes prescrivant ou autorisant une conduite déterminée. A la différence des normes qui ne sont pas des

assertions relatives à des faits mais des prescriptions, les propositions formulées par la science du droit ont une fonction descriptive, elles sont donc vraies ou fausses et sont susceptibles d'être vérifiées par l'expérience (Th.P.D., I, p.39).

Les propositions ou règles de droit sont donc l'instrument spécifique de la description de l'objet juridique; il faut à la fois les distinguer des normes juridiques qui sont statuées, selon un acte de volonté et non de connaissance, par les autorités juridiques et de la loi causale qui est l'instrument de description utilisé dans les sciences normatives. Reste à préciser la nature de l'objet que se donne la science du droit. La réponse de Kelsen est catégorique : "une science du droit ou une éthique scientifique ne peuvent avoir pour objet que le droit positif ou la morale positive" (Th.P.D., I, p.20). Il s'agit là assurément d'une évidence, d'un postulat méthodologique de la Théorie pure du droit; seul en effet un droit positif peut faire l'objet d'une description scientifique (Th.P.D., I, p.46, 48). En accord avec cette idée, Kelsen définit en effet le droit positif par un certain nombre de traits observables empiriquement : est positive la réglementation qui a été créée par un acte accompli dans l'espace et dans le temps (Th.P.D., I, p.34) et qui s'intègre dans un ordre social efficace (Th.P.D., I, p.48); "la positivité consiste dans le fait que les normes ont été effectivement posées et sont efficaces" (Th.P.D., II, p.271). (44).

(44) Dans certains articles de jeunesse, Kelsen donne parfois une définition plus spéculative de la positivité du droit. Ainsi il l'assimile avec la souveraineté de l'Etat et de l'ordre juridique, par quoi il vise le fait que cet ordre ne doit sa validité à aucune autre instance qu'à lui-même ("Die Souveränität der Rechtsordnung und nichts anderes ist dasjenige was man als ihre Positivität bezeichnet", "Die Rechtswissenschaft als Norm-oder als Kulturwissenschaft" (1916) in Die Wiener rechtstheoretische Schule, op.cit., p.79). Nul doute que cette idée reste sous-jacente à sa définition plus empirique de la positivité. Nous examinerons ce point plus en détail lorsque nous étudierons la question de la validité des normes juridiques.

2. C'est évidemment à partir de cette définition de la positivité comme seul objet possible de la science du droit que l'exclusion du droit idéal (naturel ou positif au sens où l'entendait le positivisme classique) du champ de son étude, se comprend le plus aisément; décrivant le droit positif, la science du droit "le tient à l'abri de toute confusion avec un droit idéal ou juste" (Th.P.D., II, p.147). La science du droit s'en tient strictement au droit qui est; elle ne peut, au nom d'un droit supérieur, ni légitimer, justifier ou idéaliser le droit positif (Th.P.D., II, p.94), ni a fortiori se comporter comme une source de droit, c.à.d. prescrire des normes ou même simplement informer le droit (Th.P.D., II, p.100; Th.P.D., I, p.25).

Kelsen a été amené à préciser très souvent ce dernier point dans la mesure où, la Théorie pure du droit qu'il préconise se refusant à être une science factuelle et revendiquant le statut de discipline normative, il est tentant de l'interpréter comme un discours prescriptif. La marge de manoeuvre de Kelsen est ici particulièrement étroite; la solution réside dans la distinction entre propositions normatives (Sollsätze) formulées par la science du droit et normes (Sollnormen) statuées par l'autorité juridique (Th.P.D., II, p.100). La science du droit énonce qu'une telle conséquence (la sanction) doit suivre telle condition (l'acte illécite); s'il ne s'agit pas de la description d'un fait (il n'est pas évident que dans les faits la sanction soit appliquée, Th.P.D., II, p.107), il ne s'agit pas non plus de l'édiction d'un commandement. Quelle que soit la subtilité de cette distinction, elle ne rencontre sans doute pas complètement la portée de l'objection dont Kelsen cherche à se défendre et qui, bien évidemment, met en cause la pureté de la Théorie pure du droit, c'est-à-dire son autonomie radicale. Avant d'entamer ce débat, il convient cependant de pousser beaucoup plus loin l'analyse de l'épistémologie kelsenienne car celle-ci ne s'arrête pas à la description de son objet. Il y a bien, dans la science du droit, "information" du donné juridique. C'est le statut de cette "construction", qui n'est pas pour autant "prescription", qu'il nous faut maintenant examiner.

3. Exiger d'une science du droit qu'elle procède à la construction de son objet peut sembler s'opposer à l'exigence descriptive. Ce n'est cependant qu'une apparence. D'abord parce que, nous l'avons vu, décrire doit se comprendre comme opposé à légitimer et prescrire, ce qui laisse ouvert d'autres déterminations, positives cette fois. Dans ce sens, le traducteur de Kelsen, Charles Eisenmann, fait observer que sous la plume de l'auteur de la Théorie pure, les termes "beschreiben" et "Beschreibung" (décrire, description) présentent un sens qui "va assez nettement au-delà de l'usage général" (Th.P.D., II, p.101, note 1). Plus fondamentalement, on peut dire que, instruit de l'épistémologie kantienne relue par Cohen, Kelsen est parfaitement conscient que toute lecture d'un phénomène, toute "description" de celui-ci, est fonction des présupposés ou postulats théoriques de cette lecture (45). Ainsi Kelsen ne veut pas proposer n'importe quelle description ou compréhension du droit : "la science du droit vise à comprendre son objet juridiquement c'est-à-dire du point de vue du droit" (Th.P.D., II, p.95). C'est dans cette optique qu'il ramène tout objet quelconque de la science du droit à la norme (46).

Avant de détailler ce point de vue et ses corollaires, quelques mots sur l'héritage kantien de Kelsen (47). La dette est expressément reconnue (Th.P.D., I, p.45; Th.P.D., II, p.98): conformément à la théorie de la connaissance de Kant, la science constitue son objet; elle lui prête une unité, elle l'ordonne en

(45) Kelsen élabore, de ses propres termes, un positivisme juridique et critique, conscient de ses postulats et de ses limites ("Grundlagen der Naturrechtslehre und der Rechtspositivismus" in Die Wiener rechtstheoretische Schule, op.cit., p.347).

(46) "Comprendre quelque chose juridiquement, c'est évidemment, ce ne peut être que le comprendre comme droit, autrement dit : comme norme juridique ou contenu d'une norme juridique, comme déterminé par une norme juridique" (Th.P.D., II, p.95).

(47) Sur la question en général, cf. S. GOYARD FABRE, "L'inspiration kantienne de Hans Kelsen" in Revue de métaphysique et de morale, n°2, avril-juin 1978, pp.204 et sv.

système selon ses propres grilles d'intelligibilité. Celles-ci sont constituées par les catégories transcendantales et a priori; la matière formée par l'expérience est reçue dans ces catégories qui, universelles et formelles, sont la condition de possibilité de la connaissance de cette expérience. Pour Kelsen aussi, la science du droit n'est connaissance que si elle met en oeuvre des notions a priori, formelles et universelles qui permettent de traiter le contenu du droit sans jamais s'y livrer, ce qui serait faire de la politique juridique.

Si Kelsen se montre disciple de Kant, on ne peut nier cependant qu'il ait à son tour lu la "Critique de la raison pure" avec les yeux de Cohen, ce qui n'a pas manqué de durcir la perspective "constitutive" de la science du droit. Car si chez Kant, la logique transcendantale a mis en lumière le rôle des catégories a priori, c'est en vue d'une synthèse finale (la connaissance) entre celles-ci et les données d'expérience, synthèse qu'expose la Dialectique transcendantale, en revanche Cohen ne retient que le premier enseignement et explique le processus cognitif par la fonction exclusive des catégories. Toute la matière expérimentale est mise entre parenthèses; la connaissance, désormais souveraine, produit intégralement son objet. Kelsen adopte ce point de vue, ce qui lui valut une fameuse controverse avec un kantien orthodoxe, Sander (48). Durcissant l'a priorisme kantien, Kelsen relativise autant que faire se peut le donné juridique concret au profit des catégories formelles qui permettent de saisir le droit "pour ainsi dire du dehors" (Th.P.D., II, p.98).

Le droit des codes et des recueils de jurisprudence n'est pour lui qu'une matière brute qui ne prend un sens juridique que par la vertu de la science du droit qui attribue à ce donné le sens juridique de la validité objective en l'intégrant à un ordre normatif et, en dernière analyse, en la rattachant à une norme fon-

(48) Sur cette controverse, cf. C. MARTYNIAK, loc.cit., pp.171-172.

damentale hypothétique (Th.P.D., I, p.45) (49).

La norme se présente donc comme la catégorie a priori et formelle dont dispose la science du droit pour expliquer "du point de vue du droit" la matière juridique : "comprendre quelque chose juridiquement (...) ce ne peut être que (...) le comprendre comme norme juridique ou contenu d'une norme juridique" (Th.P.D., II, p.95). Ce monisme normatif entraîne l'élimination de la science du droit de tout élément hétérogène; il implique notamment la réfutation des dualismes de l'Etat et du droit, du droit objectif et du droit subjectif etc... de telle sorte que l'Etat devient norme, le droit subjectif devient norme et même la personne humaine.

A l'épaisseur des rapports psychologiques, sociologiques, économiques, historiques se substitue, sous le prisme de la Théorie pure du droit, la pureté formelle de catégories logiques a priori.

Kelsen donne à cette notion de norme un sens nettement plus élaboré que celui qui prévaut dans l'usage courant; pour lui la norme est "schéma d'interprétation" des faits observables, elle en est la signification "spécifiquement" ou "objectivement" juridique (Th.P.D., II, p.5). Il faut donc distinguer trois éléments : un événement spatio-temporel (par exemple un échange de lettres), la signification subjective qui lui est prêtée par les auteurs de cet acte (la volonté de conclure un contrat par échange de lettres) et enfin la signification objective qui lui est attachée par la

(49) C. MARTYNIK, loc.cit., p.172 souligne ce glissement de Kelsen par rapport à Kant, au point de conclure : "c'est ainsi qu'au fond la théorie du droit devient source dernière du droit". Ce propos, s'il peut se réclamer de phrases comme : "il appartient à la science du droit d'attribuer à certains actes la signification objective des normes juridiques" (Th.P.D., I, p.45), doit être nuancé. Il est vrai que, du point de vue épistémologique, la Théorie pure du droit crée son objet, elle en est la source. Mais Kelsen précise bien que cette création est purement intellectuelle (Th.P.D., II, p.99); comme objet empirique, le droit est le produit d'un acte de volonté et sa source exclusive reste l'autorité juridique qualifiée; la Théorie pure du droit, en ce sens, ne le crée en aucune façon (au point même que Kelsen précise que "la science du droit n'a pas qualité pour décider si une loi est conforme à la constitution" (Th.P.D., I, p.51)). Ces précisions apportées, nous reconnaissons que le statut de la Théorie pure du droit reste ambigu (cf. infra).

science du droit (la qualité objective de contrat). Ce troisième élément ne peut être déterminé qu'en considération d'une ou de plusieurs normes juridiques; il est le seul qui soit l'objet de la science du droit qui précisément a pour seul objet, l'étude des normes juridiques et de leur rapport (Th.P.D., II, p.6) (50).

Il faut donner à ce schéma toute sa portée car Kelsen va même jusqu'à soutenir que "les normes créées et appliquées dans le cadre d'un ordre juridique n'ont le caractère de normes juridiques que s'il leur est reconnu par la science du droit" (Th.P.D., I, p.45).

Avançant encore d'un pas, Kelsen précise : le mot "norme" exprime que quelque chose doit être ou se produire (Th.P.D., II, p.6). On retombe donc sur la catégorie de devoir ou de Sollen. Or, nous savons que c'est pour avoir maintenu cette catégorie comme pivot de sa pensée que le positivisme classique a été taxé de métaphysique par Kelsen. Une fois encore la marge de manoeuvre du grand juriste autrichien s'avère réduite et il lui faudra accumuler les précisions pour échapper au piège du moralisme qu'implique le maniement du concept de devoir. Aussi Kelsen ne se lasse-t-il pas de répéter que le Sollen de la Théorie pure ne comporte aucune connotation morale (51) et présente une signification exclusivement logique. Alors que dans la pensée classique le devoir est une notion transdendale (chariant l'image d'un absolu), dans la Théorie pure le devoir est une catégorie logique transdendale. Il explique la liaison fonctionnelle entre un fait-condition et une conséquence, il relie l'acte illicite à la sanction en statuant que celle-ci doit suivre celui-là.

(50) Nous avons relevé plus haut que le seul objet possible de la science du droit était le droit positif; ici nous parlons des normes juridiques. Il n'y a pas contradiction ou divergence mais approfondissement, affinement de l'analyse opérée à partir du passage de la phase méthodologique de description, à la phase de reconstruction.

(51) H. KELSEN, "La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit", loc.cit., pp.193-194; Th.P.D., I, p.59.

Fidèle à cette position philosophique anti-ontologisante, Kelsen élabore un Sollen dans une perspective qui n'est ni moralisante, ni ontologisante mais exclusivement relationnelle et fonctionnelle: le Sollen ne se comprend que par la relation d'imputation qu'il exprime. Le parallèle se veut complet avec l'entreprise kantienne qui a réussi à interpréter le matériau naturel comme une somme de faits reliés causalement. Le principe d'imputation est aux sciences normatives, ce que le principe de causalité est aux sciences naturelles (Th.P.D., I, p.60) : un principe gnoséologique permettant de comprendre le réel (52).

A ce niveau fondamental il apparaît que la pensée kelsenienne s'inscrit dans le cadre rigoureux de la séparation du Sein et du Sollen, de l'être et du devoir être. La signification spécifiquement juridique de la norme est un Sollen, signification qu'on ne peut absolument pas réduire aux faits de Sein que sont les actes matériels de création du droit et les volontés subjectives de leurs auteurs (Th.P.D., II, p.7).

Le dualisme du Sein et du Sollen, dit Kelsen, "est donné à notre conscience de façon immédiate : il ne peut être expliqué davantage" (Th.P.D., II, p.8) (53). Ceci explique la résistance acharnée menée par notre auteur contre toute science du droit qui se présenterait comme explication causale de son objet, l'inscrivant de ce

(52) Kelsen ajoute encore que ce principe est d'usage universel en droit car celui-ci ne comporte aucune norme catégorique. Toute norme ne s'applique jamais que dans des conditions déterminées (Th.P.D., I, p.33).

(53) Il est permis de douter de l'immédiateté de ce dualisme quand on sait de quel travail théorique complexe il est l'objet depuis les premières analyses kantiennes. C'est Kant en effet qui a introduit cette distinction. Ainsi : "la législation de la raison humaine a deux objets : la nature et la liberté et par conséquent elle embrasse la loi physique aussi bien que la loi morale (...). La philosophie de la nature se rapporte à tout ce qui existe et celle des moeurs seulement à ce qui doit être" (Critique de la raison pure, op.cit., pp.562-563) et encore "les lois subjectives de la liberté expriment ce qui doit arriver (bien que cependant cela n'arrive peut-être jamais) et se distinguent des lois naturelles qui ne traitent que de de qui arrive" (ibidem, p.542).

fait dans l'horizon factuel du Sein (54).

4. La science du droit ne peut être explication causale de son objet. Par quoi Kelsen vise la sociologie et la psychologie juridiques mais aussi, plus largement, toute pensée juridique réduisant la juridicité à la factualité. Pour ces disciplines, la norme se réduit à un acte de volonté imposant une conduite déterminée. Ce fait de Sein est soumis à un traitement scientifique de type explication causale; on se demandera par exemple quels facteurs ont conduit le législateur ou le juge à prendre telle décision; on s'interrogera sur les motifs qui induisent une obéissance généralisée à la loi (55). Dans cette perspective, la loi se réduit à un vouloir et l'ordre juridique à une régularité de comportement.

(54) Deux observations doivent encore être faites concernant l'aspect "construction" que présente la science du droit.

1°) Le caractère constitutif de la Théorie pure du droit ne conduit pas seulement au monisme conceptuel; il engendre également l'unité logique de la théorie. Kelsen, en effet, conçoit la théorie comme un tout "exempt de contradictions" (Th.P.D., II, pp.99,274). La connaissance scientifique doit appliquer les principes logiques à son objet (Th.P.D., II, p.102), ainsi notamment le principe de non-contradiction s'applique-t-il directement aux propositions de droit et indirectement aux normes juridiques (Th.P.D., II, p.274).

2°) Le Sollen dégagé par la méthode formelle et a priori héritée de Kant ne livre que le concept générique du droit (Th.P.D., I, p.61); pour préciser sa différence spécifique, il faut mettre en oeuvre une autre méthode (recherches empiriques sur le contenu des ordres juridiques). Cette différence spécifique du droit par rapport aux autres ordres normatifs réside dans le fait que le droit "établit des actes de contrainte à titre de sanctions" (Th.P.D., II, p.36). Nous ne nous étendrons pas sur cet objet moins original de la pensée de Kelsen. L'important est de saisir la liaison entre les deux moments méthodologiques : la description qui livre les matériaux (normes et contraintes) et la reconstitution qui leur confère le sens spécifiquement juridique du Sollen.

(55) cf. H. KELSEN, "Uber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode" in Die Wiener rechtstheoretische Schule, op.cit., p.13 : "Die Frage nach den psychischen Motiven eines gesellschaftlichen Verhaltens ist ausschliesslich und allein Gegenstand der Soziologie, der Sozialpsychologie und kann nur mit den spezifischen Mitteln der explikativen Disziplinen beantwortet werden".

Les questions de mobile et d'effectivité deviennent primordiales. Or, dit Kelsen, ces questions sont métajuridiques ou transcendantales : elles portent sur des faits qui se déroulent effectivement ou qui se dérouleront effectivement (Th.P.D., II, p.145) mais ne saisissent rien du sens immanent des actes créateurs de droit. La seule manière de saisir ce sens est de mettre en rapport les actes créateurs de droit avec des normes valables, ces normes constituant précisément l'essence spécifique de la juridicité. Dès lors, le Sollen, loin d'être comme le suggère notamment les marxistes, une mystification voilant la réalité des rapports sociaux (Th.P.D., II, p.141) est la seule catégorie qui permette l'étude de l'essence juridique.

A n'étudier, comme la sociologie ou la psychologie juridiques, que les faits sociaux ou de conscience se rapportant aux normes, on ne sait toujours rien de la normativité elle-même (Th.P.D., I, p.84); ces disciplines ne sont donc pas des sciences du droit. On ne progressera qu'en distinguant, comme le fait la Théorie pure du droit, l'acte créateur du droit, la volonté subjective qui s'y rattache et le sens juridique objectif qu'il implique. Ce sens objectif est le Sollen qu'on préserve de toute "mystification idéologique" en le comprenant comme liaison fonctionnelle entre un fait-condition et une conséquence (Th.P.D., II, p.144; Th.P.D., I, p.82).

A cette première précision, destinée, dans l'esprit de Kelsen, à dédouaner son entreprise du reproche de péché métaphysique qu'il formule à l'encontre de la théorie juridique traditionnelle, s'en ajoute une seconde, à vrai dire essentielle. Pour Kelsen, l'interprétation des faits que sont les actes créateurs de droit en autant de normes, d'habilitations, d'interdictions etc... n'est qu'une interprétation possible et non pas nécessaire. Les mêmes actes pourraient aussi bien être interprétés comme des relations de forces entre personnes qui commandent et qui obéissent. Ce n'est pas le point de vue de la Théorie pure qui s'attache quant à elle à établir la validité objective, donc la légalité, de ces actes; mais une telle interprétation n'en exclut pas d'autres et,

de plus, elle est relative car conditionnée par une norme fondamentale hypothétique (Th.P.D., I, p.84; Th.P.D., II, p.294).

Nous verrons plus loin quelles critiques entraîne cette relativité prétendue de la Théorie pure du droit par quoi se couronne l'exposé de l'épistémologie kelsenienne; contentons-nous, en ce point, de souligner le rôle essentiel qu'elle joue dans une théorie de la connaissance qui, tout en voulant résister aux pièges ontologisants de la métaphysique, entend préserver l'étude de la validité juridique objective comme objet exclusif de la science du droit.

§ 3 : Discussion critique de cette épistémologie.

Ordonnant nos observations critiques selon le plan suivi pour exposer l'épistémologie juridique kelsenienne, nous commencerons par interroger l'idéal professé d'une science positive (1°), pour nous pencher ensuite sur la phase descriptive de sa méthodologie (2°) et enfin sur sa phase constructive (3°).

1°) L'idéal d'une science positive, basée sur des évidences empiriques et prétendant à l'exactitude, renvoie à une image de la science infirmée par la pratique scientifique moderne et par les épistémologies qui lui font écho (56). Loin d'être un "tableau" de la réalité, la théorie scientifique en est une reconstruction, une interprétation conjecturale. Sans doute la science parle-t-elle du monde mais il y a beaucoup d'illusions à lui prêter une vérité qui se dégagerait de prétendues vérifications de ses propositions. Les procédures opératoires de vérification s'inscrivent elles-mêmes dans le champ d'intelligibilité ouvert par les postulats théoriques, de telle sorte qu'il n'y a pas de langage observationnel et vérificationnel qui soit pur, a priori et entièrement révélant. A l'idée

(56) cf. J. LENOBLE et F. OST, "Prolégomènes à une lecture épistémologique des modèles juridiques" in Les chemins du savoir, Unesco, Paris, 1980, p. ; M. van de KERCHOVE et F. OST, "Possibilité et limites d'une science du droit", loc.cit., pp.1 et sv.; R. POIRIER, "Rationalité juridique et rationalité scientifique" in Archives de philosophie du droit, t.23, 1978, pp.11 et sv.

de vérité d'un discours scientifique (vérité conçue comme adéquation entre réalité et théorie) se substitue celle de sa fécondité opératoire. Une interprétation théorique "vaut" (provisoirement) par sa capacité d'interroger, d'aménager et d'ordonner les phénomènes.

Si telles sont les conclusions auxquelles conduit l'étude de la pratique contemporaine des sciences naturelles, il en va, bien entendu, a fortiori de même en ce qui concerne les sciences humaines dont le statut interprétatif est encore beaucoup plus marqué du fait du caractère humain et notamment langagier des phénomènes étudiés. Qu'il le veuille ou non, le savant est impliqué lui-même dans les processus de déchiffrement : il est lui-même sujet historique, sujet immergé dans un champ affectif, de telle sorte que la connaissance qu'il acquiert de ses objets est tributaire de sa grille de précompréhension, tandis qu'à son tour cette grille est "travaillée" par la situation étudiée. Il s'agit là du très fameux "cercle herméneutique" (57) : le sujet n'aborde pas l'objet historique sans précompréhension, mais celle-ci est elle-même le fruit de la "germination historique" (58). Dès lors la référence constante de Kelsen à l'idéal d'une science positive, inspiré d'ailleurs du modèle des sciences exactes, ne manque pas de charrier quelques illusions qui entraîneront, nous le verrons, dénaturation partielle de l'objet étudié. Ainsi l'insistance de Kelsen sur le rattachement de sa théorie au domaine de l'expérience conçue comme phénomène empirique ne manque pas d'induire des "obstacles épistémologiques" sur la voie de la connaissance juridique; et que cette insistance ait une fonction heuristique ou simplement justificative ne change rien au problème, dans la mesure où on s'empêche par là de penser "autre chose". On ne peut nier cependant que Kelsen ait perçu les limites d'une perspective strictement empirique; il sait que la science du droit porte sur des significations (d'ail-

(57) J. LADRIERE, L'articulation du sens, Bruxelles-Paris, 1970, p.46.

(58) H.G. GADAMER, Vérité et méthode, trad. par E. SACRE, Paris, 1975, p.130.

leurs partiellement produites par les matériaux juridiques eux-mêmes : phénomène de Selbstdeutung) et que pour les comprendre il s'agit de les reconstruire selon des procédures théoriques dérivées d'axiomes ou de postulats, qu'il reconnaît être indémontrables. D'où une certaine tension dans son oeuvre entre le relativisme de cette perspective constructiviste et les certitudes de la perspective descriptiviste. La tension est cependant récupérée par Kelsen et transformée en renforcement de la validité de la Théorie pure selon l'idée que, du fait du point de vue choisi par celle-ci (le normativisme), on est assuré de rendre compte de la réalité, de la structure, de l'essence du droit positif.

2°) Cet effet est notamment obtenu par l'affirmation, caractérisant le point de vue descriptif de la Théorie pure, que celle-ci est dépourvue de jugements de valeur concernant son objet (thème de la "Wertfreiheit", cf. notamment Th.P.D., I, p.56). Une telle affirmation nous paraît doublement illusoire : non content de nier les conditionnements intra-théoriques de la science, cette prétention au "réalisme intégral" (Th.P.D., I, p.56) néglige encore les conditionnements extra-théoriques qui nécessairement affectent la Théorie pure. La critique contemporaine des sciences s'attache à montrer combien les intérêts du monde vécu sont à l'oeuvre dans le développement scientifique. Nous dirons, avec l'école de Francfort, que la science n'échappe pas à la dialectique d'émancipation-aliénation qui caractérise le procès historique; dans cette perspective il n'est pas douteux que s'applique à l'entreprise kelsenienne cette observation de M. Habermas : "toute connaissance qui voudrait tout tirer d'elle-même, deviendrait la proie de cette extériorité qu'elle voulait précisément refouler" (59). La théorie de la Wertfreiheit rencontre beaucoup d'objections dans la pensée juridique (60). On peut ranger celles-ci en deux catégories suivant

(59) J. HABERMAS, "Connaissance et intérêt" in La technique et la science comme idéologie, trad. par J.R. LADMIRAL, Paris, 1973, p.157.

(60) Sur les réactions à l'oeuvre de Kelsen dans la pensée juridique française et belge cf. M. van de KERCHOVE, "Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in Frankreich und Belgien" in Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Wien, 1978, p.113 et sv.

qu'elles émanent d'auteurs soutenant l'idée que la science du droit doit procéder à des jugements de valeur ou qu'elles procèdent d'auteurs constatant que la science du droit ne peut s'empêcher de véhiculer de telles évaluations.

A la première catégorie appartient la réaction de M. Virally observant que l'attitude du juriste à l'égard de son objet ne saurait être calquée sur celle du physicien devant les phénomènes de la nature, les normes juridiques appelant en outre un jugement de valeur (61). Dans le même sens, M. Perelman soutient que la science du droit doit remplir "le rôle essentiel de guide des juges à la recherche de solutions conformes au droit ou à l'équité" (62). Cette première ligne de critiques n'entame pas véritablement la thèse kelsenienne dans la mesure où elles procèdent d'une conception opposée de la science du droit.

En revanche portent beaucoup plus loin les observations d'auteurs favorables en principe au point de vue de l'auteur de la Théorie pure, mais démontrant qu'il est impossible à maintenir. Ainsi en va-t-il de l'analyse de M. Bobbio (63). Pour lui, la thèse de la Wertfreiheit constitue un idéal limite mais en aucune façon une réalité effective. Si l'on prend conscience de la nécessité inéluctable pour le théoricien du droit de formuler des jugements de valeur (à l'occasion notamment de la solution des lacunes et des antinomies, du choix des faits pertinents, du traitement de données nécessairement intentionnelles et langagières), il apparaît que la définition kelsenienne de la science du droit est plus persuasive qu'analytique. Le tort de Kelsen a été d'opposer de manière tranchée la science du droit qui serait descriptive à l'autorité juridique prescriptive alors qu'entre le discours prescriptif et le discours descriptif existe une gradation de tons susceptibles de

(61) M. VIRALLY, "Le juriste et la science du droit. A propos de la traduction de la "Théorie pure du droit"" in Revue du droit public et de la science politique, 1964, p.594.

(62) C. PERELMAN, "Science du droit et jurisprudence" in Le Champ de l'argumentation, Bruxelles, 1970, p.160.

(63) N. BOBBIO, "Sein und Sollen in legal science" in Archiv für Rechts und Socialphilosophie, beiheft neue Folge, nr6, 1970, pp.24 à 30.

nuances. Et M. Bobbio de conclure que si la science du droit n'est pas un pouvoir politique, elle exerce néanmoins une influence sur la politique juridique. Idée reprise par M. Amselek observant que la théorie juridique est une théorie engagée, une forme d'auctoritas ou source de droit (64) et M. Rigaux qui note que : "tout effort de systématisation a un caractère doctrinal sans qu'il soit privé de vertus normatives" (65). Avançant encore d'un pas, cet auteur, mettant cette fois l'accent sur l'effet en retour des idéologies pratiques sur la science du droit, écrit, visant Kelsen : "l'orientation idéologique du droit se communique nécessairement à la science qu'on peut en avoir" (66).

Il ne faut cependant pas se contenter de constater ces interférences; il faut également enregistrer les distorsions qu'elles impriment au discours scientifique tant il est vrai que tout refoulement indû (ici le conditionnement du propos théorique) engendre un "retour du refoulé" se traduisant par des obstacles épistémologiques-symptômes. Appliquant cette idée à Kelsen, M. Miedzianagora observe que pour avoir voulu arracher du droit le masque de l'idéologie, l'auteur de la Reine Rechtslehre a en fait supprimé de sa "description" une des caractéristiques essentielles de l'objet décrit, exposant ainsi à son tour son discours aux illusions idéologiques (67).

Cette "épuration" du droit se traduit notamment, selon nous, par trois caractères dont Kelsen entend doter sa théorie juridique : l'objectivisme (impliquant refoulement de tout subjectivisme), le logicisme (impliquant refoulement de toute antinomie) et l'universalisme (impliquant refoulement de tout particularisme).

(64) P. AMSELEK, Méthode phénoménologique et Théorie du droit, op. cit., p.408.

(65) F. RIGAUX, Introduction à la science du droit, op.cit., p.134.

(66) F. RIGAUX, op.cit., p.343.

(67) J. MIEDZIANAGORA, Philosophies positivistes du droit et droit positif, Paris, 1970, p.190.

Or il n'est pas douteux que le triple refoulement qu'induisent ces mots d'ordre entraîne dénaturation de l'objet étudié, traduisant du fait même les limites et les illusions du descriptivisme.

Ainsi en va-t-il de l'objectivisme dont se prévaut la Théorie pure. On sait qu'il conduit Kelsen à rejeter les notions de sujet de droit et de droit subjectif; subjectivistes, ces concepts entraînent description fautive de la réalité. Contre cette thèse, on a fait valoir avec raison l'idée que si la réalité de nos systèmes juridico-économiques était précisément marquée par l'individualisme, cette réalité est exprimée, moyennant sans doute quelque idéalisation, par la théorie juridique du droit subjectif et que son évacuation, loin d'améliorer cette relative transparence, provoque mystification (68).

Ainsi en va-t-il également du logicisme dont Kelsen n'entend se départir en aucun cas, une véritable science se devant de présenter son objet sous la forme d'une unité exempte de contradictions. Or, s'il est admis par la théorie de la connaissance que les propositions théoriques par lesquelles un discours scientifique prétend répondre de son objet doivent respecter le principe de non-contradiction et sont donc justiciables d'un contrôle logique, en revanche, les propositions étudiées (en l'occurrence les normes juridiques) ne doivent pas, ipso iure, répondre aux mêmes impératifs. Kelsen pourtant opère ce glissement; confondant objet d'étude et objet construit, il écrit : "une science normative ne peut admettre de contradiction entre deux normes appartenant au même système" (Th.P.D., I, p.314). Certes, du point de vue de l'application pratique du système juridique, du point de vue du juge par exemple, l'harmonisation est un idéal majeur mais on ne voit pas pourquoi la théorie du droit devrait partager cet idéal. Si contradiction il y a au sein du corpus juridique, la seule attitude scientifique correcte consiste à les enregistrer, et, éventuellement, les expliquer. Les évacuer, revient une fois encore, à déna-

(68) en ce sens, cf. F. RIGAUX, op.cit., pp. 21, 24, 122 et 362.

turer l'objet décrit (69).

Dans le même ordre d'idées, la généralité, voire l'universalisme auquel prétend la Théorie pure en tant que description de l'essence de la structure du droit positif (Th.P.D., II, p.148) rencontre généralement le scepticisme de la doctrine (70).

Plus fondamentalement, on peut faire reproche à Kelsen de bâtir toute sa théorie sur une distinction absolue entre droit positif et droit naturel. S'il s'avère que des représentations inspirées par l'idée du droit naturel transparaissent effectivement dans le discours juridique et motivent des décisions légales ou jurisprudentielles, l'exigence de réalisme et de scientificité doit conduire à leur faire une place dans le système théorique qui entend rendre compte du droit effectivement appliqué (71). Cette exclusion est d'autant moins bien venue sous la plume de Kelsen qu'il a contribué à relativiser lui-même fortement la distinction droit positif-droit naturel en montrant combien le positivisme restait polarisé par des absolus éthiques, philosophiques ou religieux. Nous devons reprendre à notre tour cette idée et la retourner cette fois contre Kelsen qui, sous prétexte de faire une science positive, s'en tient au droit positif au mépris du souci de fidélité à la réalité du "droit qui est".

Il faut enfin remarquer que les critères de positivité du droit ne sont pas eux-mêmes à l'abri de la discussion (72). Ces discussions étant à leur tour le signe d'une manière de germination de l'idéal au sein du droit "positif" et de sa théorie. Ainsi, et

(69) en ce sens, cf. P. AMSELEK, op.cit., pp.182 et sv.; M. MIAILLE, op.cit., pp.370-371 : "le formalisme kelsenien fait apparaître le système juridique comme une totalité cohérente, homogène, à la limite sans faille; il évacue ce qui fait la consistance et la vie du droit, à savoir les conflits dont il est issu et qu'il ne cesse de tenter de maîtriser (...). La législation d'une société comme la France est contradictoire à la mesure des contradictions sociales qu'elle porte et le formalisme est un effort pour donner une cohérence à un système qui est de plus en plus miné par des contradictions importantes".

(70) cf. les auteurs cités par M. van de KERCHOVE, loc.cit., pp. 134-135.

(71) en ce sens, cf. P. AMSELEK, op.cit., pp.327 et sv.; J. MIEDZIANAGORA, op.cit., p.186.

(72) sur ce point, cf. notamment H. BATIFFOL, "Sur la positivité du droit" in Mélanges en l'honneur de J. DABIN, t.I, Bruxelles, 1963, pp.3 et sv.

sans anticiper sur nos développements ultérieurs relatifs au problème de la validité, on peut dire que Kelsen ramène en définitive la positivité du droit à sa validité ("une norme positive existe quand elle est valide", Th.P.D., I, p.33) et comprend cette validité en référence au devoir d'obéissance ("dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains "est valable", c'est affirmer qu'elle est obligatoire (verbindlich), que les individus doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit", (Th.P.D., II, p. 255). Se trouve ainsi ranimée, sous la bannière scientifique, l'équation récurrente qui relie le phénomène juridique à son fondement dogmatique. Ces premières observations doivent cependant être recentrées et approfondies, au plan, véritablement décisif, de la phase "constructive" de la méthodologie kelsenienne, tant il est vrai que certaines des critiques que nous venons de formuler pourraient être réfutées par Kelsen dans la mesure où quelques-unes des "dénaturations" repérées seraient en réalité l'effet d'une "construction délibérée" (73).

3°) Passant donc aux objectifs "constructivistes" de la Théorie pure, il nous faut rappeler le dualisme du Sein et du Sollen qui fonde, selon Kelsen, la distinction entre disciplines explicatives et normatives, entre sciences causales et sciences normatives (74). A la distinction de l'être et du devoir être, correspond la distinction entre l'explication causale et l'imputation normative.

(73) Nous admettrions volontiers une telle réponse. Il reste néanmoins que, du simple point de vue de la critique interne de la théorie kelsenienne, cette réponse entraîne une sérieuse mise en doute du caractère descriptif de cette théorie. De plus, du point de vue d'une critique externe, il est permis, en référence cette fois à des axiomes théoriques différents de ceux de Kelsen, d'estimer que ses élaborations théoriques (description ou construction) ne répondent pas à l'objectif proclamé de réalisme, d'adéquation à la réalité juridique ou, plus exactement et pour ne pas tomber à notre tour dans le piège du représentationnisme, qu'elles sont peu explicatives ou saturantes, qu'elles ne rendent compte que d'un nombre limité de phénomènes.

(74) cf. H. KELSEN, "Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode", loc.cit., p.8.

Commençons donc par le dualisme du Sein et du Sollen. Sans pouvoir entamer une déconstruction radicale de ce dualisme, ce qui nous entraînerait bien au-delà de la réflexion sur le droit, nous devons cependant enregistrer un glissement tout-à-fait remarquable qui s'opère dans la pensée de Kelsen. Alors que chez Kant et dans certains passages de Kelsen, la distinction rencontre une dualité de points de vue sur le réel et répond donc à un objectif de clarification épistémologique légitime, en d'autres passages du juriste autrichien, le dualisme devient ontologique et sépare radicalement deux domaines de la réalité auxquels il attribue des statuts ontologiques différents (75). (Th.P.D., I, p.18 : "La société est une réalité tout-à-fait différente de la nature"). Kelsen se défend contre une telle interprétation; il souligne d'une part que le dualisme est strictement méthodologique et anti-métaphysique (Th.P.D., I, p.60) et concède d'autre part que des "liens" existent entre l'être et le devoir être (Th.P.D., II, p.8). En dépit de ces nuances, il maintient néanmoins l'irréductibilité du Sein et du Sollen, ce qui conduit notamment à un cloisonnement étanche entre les disciplines destinées à rendre compte de ces deux sphères qu'il faut bien qualifier alors d'ontologiques.

Or ce dualisme (ontologique) du Sein et du Sollen que Kelsen qualifie d'évident (Th.P.D., II, p.8) semble fort contestable à la fois sur un plan philosophique général et sur le plan plus particulier du phénomène juridique.

Au plan philosophique on peut remarquer, avec M. Gardiès (76)

(75) cf. en ce sens, M. van de KERCHOVE, Les deux versions de la théorie kelsenienne des conditions de validité d'une norme juridique, op.cit., p.200; M. TROPER, "La pyramide est toujours debout! Réponse à Paul Amselek" in Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1978, n°6, p.1536 : "Kelsen a eu le tort, comme l'a justement souligné le professeur Tamelo, de confondre une catégorie logique avec une catégorie ontologique"; P. AMSELEK, op.cit., p.400 qui relève notamment l'ambiguïté du passage suivant (Th.P.D., I, p.23) : "il a fallu une longue évolution pour que l'homme civilisé en vienne à concevoir ces deux méthodes différentes de relier les faits entre eux et pour qu'il fasse une distinction entre l'homme et les autres êtres, entre les personnes et les choses" (nous soulignons).

(76) J.L. GARDIES, Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique, Paris, 1972, p.17.

que si Kelsen est conduit à opposer radicalement la normativité à la facticité, c'est qu'il a construit au préalable cette facticité, les "faits naturels" dans le langage de Kelsen, à l'image de celle que propose les sciences exactes, c'est-à-dire comme un domaine dépouillé de toute valeur et de toute évaluation, de tout projet, désir et volonté (77). Cette conception "théorique" de la Nature, si elle se justifie dans la perspective spécifique des sciences exactes (et à condition qu'elle soit consciente de son caractère réducteur), ne répond pas de l'expérience globale de l'existant humain inextricablement engagé dans un faisceau de faits et de projets, d'étants et de valeurs. Or il est clair que le discours juridique s'enracine dans ce complexe et que le cantonner dans le seul domaine du Sollen ne peut se faire sans distorsion (78).

C'est ce qu'il nous faut montrer en analysant plus avant la distinction entre méthode explicative et imputation et le rejet par Kelsen de toute procédure explicative, rejet lié lui-même à l'intégration du phénomène juridique à la sphère de la normativité. Il faut bien voir en effet que le dualisme de l'être et du devoir être est poussé à un point tel chez Kelsen, qu'il rend impossible une approche explicative et causale des phénomènes normatifs : "eine kausale wissenschaft von Rechtsnormen ist unmöglich" écrivait-il encore en 1965 (79).

Kelsen rejette catégoriquement l'observation de M. Amselek selon qui il est toujours possible de juxtaposer une science normative des normes juridiques à une étude causale de celles-ci (80); c'est

- (77) cf. H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., pp.68-69 : "aucun devoir ne saurait être immanent à l'être, aucune norme à un fait, aucune valeur à la réalité empirique".
- (78) cf. GOYARD FABRE, Essai de critique phénoménologique du droit, Paris, 1972, p.308 : "le droit est un mixte"; un auteur comme L. FRANCOIS (Le problème de la définition du droit, Liège, 1978, p.66) tente, quant à lui, de prendre le contrepied de Kelsen et pose la question : "qu'est-ce au juste que le devoir? Est-il vraiment impossible de l'analyser comme un fait?".
- (79) H. KELSEN, "Eine phänomenologische Rechtstheorie" in Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 1965, p.374.
- (80) P. AMSELEK, op.cit., p.339; dans le même sens, M. van de KERCHOVE, "Der Einfluss der reinen Rechtslehre...", loc.cit., p.126, note 77.

que, selon l'auteur de la Théorie pure, une telle approche explicative ne saurait en aucune façon saisir l'essence de la normativité; elle aurait pour effet immédiat de réduire celle-ci et de transformer la norme juridique en état de fait (relation de force, volonté subjective...).

Il y a là assurément une forme de fétichisation ou d'idéalisation de la normativité qui fait qu'elle ne peut s'offrir comme objet de connaissance que sur le mode imputatif qui lui est propre. Si Kelsen a raison d'insister sur la spécificité du phénomène normatif, c'est-à-dire le fait qu'il induit l'obéissance, ce qui implique acceptation par ses destinataires de la règle comme modèle de conduite, on ne voit pas pourquoi cette adhésion ne pourrait pas faire l'objet d'un traitement scientifique de type explicatif.

Les remarques de Hart éclaircissent ce point. Le maître d'Oxford distingue en effet le point de vue "interne" concernant les règles -point de vue du membre du groupe qui les accepte et les utilise comme modèles de conduite- et le point de vue "externe", celui de l'observateur extérieur.

Ce point de vue externe peut lui-même prendre deux aspects : soit que l'observateur, sans accepter lui-même les règles, se réfère, de l'extérieur, à la manière dont les individus considèrent, eux, les règles du point de vue interne; soit que le même observateur néglige ce point de vue interne et se contente d'enregistrer des régularités de comportement (81). Seule cette dernière approche est réductrice et ne saisit rien de la normativité : comptabilisant des faits, elle ne peut s'exprimer qu'en termes de signes, de prédictions et de probabilités. Mais en revanche, se référer de l'extérieur au point de vue interne pour tenter d'en expliquer la normativité paraît caractériser une attitude scientifique à la fois féconde ("explicative") et adéquate à son objet.

Pour avoir complètement négligé cette perspective, Kelsen ne peut que condamner l'approche explicative et s'enfermer lui-même dans une impasse : élaborer une théorie scientifique, c'est-à-dire

(81) H.L.A. HART, Le concept de droit, traduit par M. van de KERCHOVE Bruxelles, 1976, p.114.

en définitive un point de vue extérieur, qui soit en même temps strictement "interne" non seulement, ce qui est légitime, par l'objet étudié (la normativité, l'impérativité, la validité), mais encore par la perspective appliquée à cet objet (82). Contradiction fondamentale qui, dans la mesure où Kelsen se montre effectivement fidèle à l'approche théorique "interne", hypothèque radicalement son projet scientifique et inféode sa théorie aux impératifs pratiques de ce point de vue "interne", (croyance, idéaux dogmatiques, etc...).

Plusieurs auteurs (MM. Miaille, Poulantzas, Amselek), sans toujours bien saisir cette aporie, en soulignent néanmoins certains effets.

Ainsi M. Miaille relève-t-il que le refus d'une démarche explicative entraîne la science du droit, y compris celle de Kelsen, dans la voie de la reproduction, plus ou moins idéalisée, des rapports sociaux dominants et de l'idéologie qu'ils secrètent, effet encore renforcé par le rejet traditionnel de toute véritable approche interdisciplinaire concernant le droit (83).

C'est le même isolement de l'objet "droit" que Poulantzas reproche à Kelsen. Si la méthode logico-formaliste décrit assez bien le fonctionnement interne de l'instance juridique, elle est totalement incapable de rendre compte de ce fonctionnement. Seule une approche explicative, "externe", reliant cette instance aux autres instances sociétaires est susceptible de fournir une approche scientifique (84).

M. Amselek, partant quant à lui de l'idée qu'une science doit nécessairement être explicative, c'est-à-dire élaborer des modèles rendant compte de l'apparition et des transformations de son objet, et cela en le replaçant dans la totalité historique et

(82) Ainsi Kelsen écrit-il (Th.P.D., II, p.95) : "la science du droit vise à comprendre son objet juridiquement, c'est-à-dire du point de vue du droit", ce qui caractérise une approche "interne" alors que, trois pages plus loin, il écrit (Th.P.D., II, p.98) : "à la science du droit il appartient de connaître le droit pour ainsi dire du dehors".

(83) M. MIAILLE, Une introduction critique au droit, op.cit., pp.52, 54, 377.

(84) N. POULANTZAS, Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur, Paris, 1965, p.278.

phénoménale d'où il se détache (85), en arrive à la conclusion que la théorie kelsenienne ne peut prétendre au titre de science et se présente plutôt comme une technologie (86). Par quoi il entend la théorie de la technique, la rationalisation des activités de création et d'application du droit. Or, une telle rationalisation, quels qu'en soient les mérites intrinsèques (clarification, harmonisation, classification), reste encadrée par les postulats qui guident cette technique (87). En d'autres termes, elle reste une dogmatique, une entreprise de mise en ordre d'un donné imposé ("dogme" : du grec "dogma" dont la signification primitive visait la "décision politique d'un souverain ou d'une assemblée"); tâche de glossateur visant non à expliquer ce donné mais à le rendre aussi cohérent et praticable que possible en le soumettant aux exercices de la logique formelle (88). Ainsi, du principe de non-contradiction appliqué aux normes juridiques, qui révèle un souci d'utilisateur du droit plus que de théoricien (89). Ainsi encore du principe d'imputation qui reflète la démarche du juriste casuiste subsumant le cas concret sous la norme dont il est prédicable (90).

Le texte kelsenien révèle par lui-même plusieurs indices de cette assimilation du point de vue de la science à celui du juriste dogmatique. Ainsi par exemple un flottement très caractéristique de la terminologie par laquelle Kelsen désigne les agents de la théorie juridique : Kelsen parle en effet indifféremment du "juriste" et de la "science du droit". Tantôt c'est le juriste qui décrit son objet, formule des règles de droit, accorde la validité aux normes juridiques, tantôt c'est "la science du droit" (91).

(85) P. AMSELEK, op.cit., pp.389-390.

(86) P. AMSELEK, op.cit., p.385.

(87) P. AMSELEK, op.cit., p.369.

(88) P. AMSELEK, op.cit., pp.384 et 390.

(89) P. AMSELEK, op.cit., p.391.

(90) P. AMSELEK, op.cit., p.400.

(91) cf. Th.P.D., I, p.43 : "le juriste a pour tâche de connaître le droit et de le décrire à l'aide des règles de droit", "la règle de droit est donc dans la science juridique..."; Th.P.D., I, p.45 : "la règle de droit formulée par la science juridique ...", "telle est exactement la tâche du juriste"; Th.P.D., I, p.48 : "pour le juriste un ordre juridique n'est valable que si...", "la science du droit ne lui attribue la signification objective d'un système de normes valables que si..." (nous soulignons).

Cette hésitation ne doit pas être attribuée à quelque négligence de plume; elle révèle une confusion intime du plan scientifique et du plan de la mise en ordre intra-juridique. En témoigne par exemple la réponse que fait Kelsen à l'objection selon laquelle la règle de droit formulée par la "science juridique" serait une répétition superflue de la norme juridique : "cette répétition, dit Kelsen (Th.P.D., I, p.45), est aussi peu superflue que l'action du pianiste jouant une sonate. Celui-ci déploie une activité créatrice, encore qu'elle soit tout-à-fait différente de celle du compositeur. On dit qu'il interprète la sonate. Telle est exactement la tâche du juriste à l'égard de l'oeuvre du législateur". Nous accordons volontiers à Kelsen qu'interpréter le droit est la tâche du juriste mais il est clair que tel n'est absolument pas le rôle de la science du droit qui doit rendre compte de son objet de l'extérieur et en l'absence de toute considération dogmatique.

Dans la seconde édition de la Théorie pure, Kelsen, répondant à la même objection, abandonne l'analogie du pianiste; mais sa nouvelle réponse ne nous convainc guère plus (Th.P.D., II, p.101) : l'objection "aboutirait à admettre que serait inutile la juxtaposition au Code pénal d'un exposé scientifique du droit pénal -c'est-à-dire, en généralisant, que serait superflue l'existence d'une science du droit à côté du droit lui-même"; ici encore se manifeste très clairement la confusion entre une théorie générale du droit (pénal) qui s'efforce de clarifier et de systématiser son objet et une véritable science juridique (pénale) qui tente d'expliquer celui-ci.

Il faut cependant aller plus loin encore et voir que chez Kelsen la représentation de la science du droit comme exposé dogmatique de celui-ci répond à des objectifs pragmatiques très inattendus de sa part mais pourtant réellement opératoires. C'est ce que manifeste ce passage central où Kelsen, après avoir concédé le caractère seulement possible de l'interprétation normativiste proposée par la Théorie pure, tente néanmoins d'en fournir un certain nombre de justifications (Th.P.D., I, p.84; Th.P.D., II, p.244) (92).

(92) cf. aussi H. KELSEN, "La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit", loc.cit., pp.202-203.

Il n'est certes pas possible, écrit Kelsen, "de réfuter par des arguments décisifs les conceptions des théoriciens de l'anarchisme, qui là où les juristes parlent du droit, ne veulent voir que la force pure et simple" (93).

Néanmoins, "le fait qu'une science du droit existe depuis des siècles sous la forme d'une jurisprudence dogmatique et qu'elle répond aux besoins intellectuels des juristes suffit à prouver la possibilité et même la nécessité d'une telle théorie. Il n'y a aucune raison de ne pas donner satisfaction à ces besoins tout-à-fait légitimes et de renoncer à une telle science du droit (...).

De même que l'existence d'une religion appelle une théologie dogmatique, qui ne peut être remplacée par une psychologie ou une sociologie de la religion, l'existence d'un droit suscite une théorie normative de celui-ci".

On pourrait critiquer ce passage en ironisant par exemple sur le fait que Kelsen justifie sa propre perspective par l'existence d'une théorie juridique séculaire qu'il critique par ailleurs de fond en comble ou par les besoins des juristes dont il a dit qu'ils ne renoncent pas à croire et à faire croire qu'ils détenaient la juste solution des problèmes. Mais ce texte admirable mérite un meilleur traitement; il est l'aveu explicite de l'inscription du projet kelsenien dans l'horizon mythologique classique de la pensée juridique; l'interprétation normativiste est bonne, dit Kelsen, parce qu'elle conforte la croyance en la validité et en l'ordre : en cela elle répond aux besoins légitimes des juristes et s'oppose aux théories anarchistes; ainsi elle s'inscrit comme la rationalisation d'une vérité révélée appelant croyance.

Par ailleurs, en ce point central, Kelsen opère une nouvelle entorse à la distinction du Sein et du Sollen dans la mesure où son explication revient à justifier le statut épistémologique normativiste de la Théorie pure par des exigences factuelles : les faits de Sein que forme la réalité sociale des pratiques religieuses et juridiques.

Ainsi s'amorce notre conclusion à la critique de l'épistémologie kelsenienne. Là où Kelsen s' imagine décrire le droit tel

(93) L'allusion aux anarchistes, par trop révélatrice, est supprimée dans la 2^e édition (Th.P.D., II, p.294, note 1).

qu'il est, il en opère en réalité une reconstruction que l'on pourra, en fonction de ses propres prémisses théoriques, qualifier de dénaturation de la réalité juridique.

Nous en tenant à une critique interne du texte, nous avons quant à nous établi que ce qui se donnait pour reconstruction scientifique était en réalité la rationalisation d'idéaux dogmatiques : loin d'expliquer le droit, le normativisme conforte les postulats positivistes. Loin d'être, comme le prétend Kelsen, une interprétation possible du droit, le normativisme fonctionne en fait dans l'oeuvre de Kelsen comme la meilleure théorie qui, à l'âge moderne, reconduise la croyance au droit et l'obéissance à la loi.

En ce sens effectivement les constructions kelseniennes ont une vertu descriptive : elles reflètent les manipulations auxquelles se livrent les praticiens et acteurs de la politique juridique en fonction des idéaux qui les animent. Mais alors, loin d'être scientifique, un tel propos participe directement de la validation de son objet. C'est ce que nous voudrions montrer dans les développements qui suivent en quittant le plan de l'épistémologie pour celui de la théorie du droit. C'est l'examen du problème de la validité des normes juridiques qui nous permettra de poursuivre nos investigations.

Section 3 : Le problème de la validité des normes juridiques.

§ 1 : Introduction : caractère central et enjeu de la problématique de la validité.

Dans la théorie du droit de Kelsen, qui aborde pourtant de très nombreux problèmes, le thème de la validité des normes juridiques n'est pas une simple question parmi d'autres. On peut soutenir qu'il est la question centrale de la Théorie pure. On sait en effet que cette théorie a le droit pour objet; or, dit Kelsen, le droit "est le sens particulier qui s'attache aux actes par lesquels les normes juridiques sont créées. Pour exprimer ce sens particulier (...) on parle de leur validité" (Th.P.D., I, p.33).

Plus précisément encore, la Théorie pure a pour objet le droit positif; or, toujours selon Kelsen, la validité est la caractéristique essentielle du droit positif; une théorie du droit positif pré-suppose qu'un tel droit est valide (94). Cette assimilation droit positif-droit valide en recouvre encore une autre : le droit valide, c'est le droit qui existe (95). La validité d'une norme positive est "son mode d'existence spécifique" (Th.P.D., II, p.13); cette spécificité réside bien entendu dans le fait qu'une telle existence diffère de celle du Sein, des faits naturels (Th.P.D., II, p.14). Dès lors, dire d'une norme qu'elle existe, qu'elle est valable (gilt), c'est affirmer qu'elle est obligatoire (verbindlich), que les individus doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit (Th. P.D., II, p.255). Voici donc une nouvelle assimilation : le droit valable, c'est le droit obligatoire.

On peut donc dire que la Théorie pure du droit, en raison de ses postulats fondamentaux, assimile droit positif à droit existant, droit existant à droit valide et droit valide à droit obligatoire. Cette assimilation n'est pourtant pas donnée a priori; ou plus exactement, si elle est donnée a priori, c'est-à-dire effectuée quotidiennement par les agents juridiques, elle appelle une Théorie pure pour être garantie, fondée objectivement. Kelsen observe en effet qu'à l'ensemble des actes juridiques empiriquement observables s'attache une signification subjective, qu'on pourrait appeler "prétention à la validité" : le législateur vote un texte dans la ferme intention qu'il se donne pour modèle obligatoire de conduite, le citoyen obéit à ce texte parce qu'il l'interprète comme règle contraignante. Mais la validité ne se ramène pas à cette prétention ou interprétation subjective; le commandement qui prescrit une conduite déterminée ne sera une norme juridique que si ce caractère lui est attribué par la science du droit qui établit sa validité objective (Th.P.D., I, p.39).

(94) H. KELSEN, "Why should the law be obeyed?", loc.cit., p.257.

(95) H. KELSEN, Th.P.D., I, p.39 : "l'existence ou, ce qui revient au même, la validité des normes positives...".

Cette dernière idée doit encore être précisée dans la mesure où elle pourrait donner à croire que la Théorie pure prête de "l'extérieur" la validité aux actes créateurs de droit; or ce sont plutôt les agents juridiques qui interprètent les actes créateurs de droit non seulement comme porteurs d'une impérativité subjective mais encore comme dotée d'une validité objective intrinsèque. Ainsi départagerons-nous sans peine l'injonction impérative du brigand, ordre contraignant sans doute mais non obligatoire objectivement, de la même injonction émanant d'un percepteur d'impôts, ordre contraignant et valide (Th.P.D., II, p.11).

La Théorie pure se contente, dans ces conditions, de répondre à la question, absolument récurrente dans l'oeuvre de Kelsen, "pourquoi interprétons-nous les actes créateurs de droit comme porteurs de la signification objective des normes juridiques?" (96). Répondant à cette question, la Théorie pure assure la légitimation, la fondation, la rationalisation de l'acte le plus essentiel de la vie juridique : l'acte de reconnaissance par lequel les destinataires de la règle déclarent s'inscrire sous son emprise (que ce soit positivement pour proclamer leur obéissance à cette règle ou négativement pour annoncer sa transgression, dans les deux cas l'ordre légal est reconnu et validé).

Cet acte de reconnaissance, aux présuppositions éminemment axiologiques, Kelsen va s'efforcer d'en rendre compte sur un mode exclusivement logicien. (97). Si nous prêtons la validité objective à l'injonction de payer émanant du percepteur d'impôts et la refusons à celle du brigand, c'est, explique Kelsen, parce que nous rapportons le commandement de l'agent du fisc à la norme supérieure qui attribue autorité et compétence à ce personnage (Th.P.D., I, p.37; Th.P.D., II, p.11) : cette norme supérieure attribue ainsi la validité objective à l'acte de volonté du fonctionnaire. A son tour, l'acte de volonté duquel a résulté la loi fiscale habilitant le percepteur demande à être fondé de la même façon; ainsi s'amorce le processus dynamique de validation des normes juridiques selon le

(96) H. KELSEN, "Why should the law be obeyed?", loc.cit., p.257.

(97) en ce sens, L. RAUCENT, Pour une théorie critique du droit, Gembloux, 1975, p.241.

modèle pyramidal bien connu reposant en définitive sur l'hypothèse d'une norme fondamentale attribuant autorité au premier constituant. Le fondement d'un tel processus de validation repose sur le postulat que "la validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme" (Th.P.D., II, pp.256,265).

Cette fondation, autrement dit l'interprétation de la validité subjective des actes créateurs de droit comme validité objective, s'opère selon un processus syllogistique sur le modèle : "on doit obéir aux commandements de Dieu; or Dieu a commandé d'obéir aux ordres des parents; donc on doit obéir aux ordres des parents" (Th.P.D., II, p.268). On voit donc que le fondement de la validité de la norme "on doit obéir aux parents" repose sur le Sollen exprimé par la majeure "on doit obéir aux commandements de Dieu" : cette norme, qualifiée de supérieure, est condition per quam de validité de la norme inférieure. Sans doute la validité de la norme inférieure repose-t-elle aussi sur le fait de Sein exprimé par la mineure du syllogisme "Dieu a commandé d'obéir aux ordres des parents", mais une telle assertion n'est, pour Kelsen, qu'une condition sine qua non de la validité de la norme inférieure (Th.P.D., II, p.256).

L'exemple choisi doit encore retenir notre attention dans la mesure où la norme supérieure "on doit obéir aux commandements de Dieu" est aussi une norme fondamentale; elle est en effet fondamentale parce que sa validité ne peut plus faire l'objet d'une question ou encore parce que cette validité doit être admise ("supposée" dira Kelsen) sans pouvoir être fondée par un syllogisme. Autrement dit, cette norme est fondamentale parce que Dieu est l'autorité suprême : on ne peut en effet imaginer une autorité (encore supérieure à Dieu) ordonnant d'obéir aux ordres de Dieu (Th.P.D., II, p.269). Où le syllogisme s'articule explicitement sur le mythe sacré. La validité de l'ordre juridique s'établit sur le modèle de cet éminent archétype : la théorie positiviste du droit tenant le constituant historiquement premier pour l'autorité juridique suprême, la norme fondamentale de l'or-

dre juridique commandera l'obéissance aux règles posées par le constituant (Th.P.D., II, p.269).

Ce rapide aperçu de la problématique de la validité des normes juridiques, qui devra être développée dans la suite, suffit à laisser entrevoir l'enjeu de la question. Il ne s'agit de rien moins que de la fondation rationnelle de l'acte de reconnaissance de l'autorité ultime cautionnant la loi et de l'acte d'obéissance qui s'en déduit. Voyons cela plus en détail.

La source de la validité, son fondement, réside dans l'énonciation d'une figure ultime, autorité suprême, habilitant les législateurs historiques.

Il n'est évidemment pas indifférent, de notre point de vue mythologique, que cette pensée ne trouve à s'exprimer que par référence au double modèle divin et parental (Th.P.D., II, pp.256, 268; Th.P.D., I, p.36).

La convergence est frappante, presque terme à terme, avec le propos kantien préalablement relevé : pour Kelsen, la validité de la norme commandant l'obéissance à Dieu ne peut plus faire l'objet d'une question (Th.P.D., II, p.268); pour Kant "l'origine du pouvoir suprême est, pour le peuple qui y est soumis, insondable du point de vue pratique" (98) et Kant de préciser que ce pouvoir suprême évoque quelque "législateur suprême et infailible" selon le modèle "toute autorité vient de Dieu" qui n'exprime pas un fondement historique de la Constitution civile mais une Idée comme principe pratique de la raison : "on doit obéir au pouvoir législatif actuellement existant, qu'elle qu'en puisse être l'origine" (98).

Pour Kelsen, comme pour Kant, Dieu n'est pas à l'origine historique de la loi positive; la référence à Dieu n'est même, sous la plume de Kelsen, du moins le pense-t-il, qu'une simple analogie. Kant à cet égard nous paraît plus lucide : l'analogie fonctionne comme Idée, comme principe pratique de la raison -seule une telle "idée" peut effectivement fonder et garantir la prétention à la

(98) E. KANT, Doctrine du droit, op.cit., p.201 A.

validité objective (99).

Axiologique par son fondement, la problématique de la validité l'est aussi par ses effets : établir la validité d'une norme, rappelons-le, c'est assurer son caractère objectivement, juridiquement, obligatoire. La norme valable est celle qui est obligatoire, qui lie son destinataire. Ici encore le rapport fait aux ordres divins et parentaux s'avère significatif : le syllogisme développe exclusivement une problématique d'obéissance. Or, Kelsen n'a-t-il pas soutenu lui-même que "de la proposition que quelque chose est juridiquement obligatoire, n'est jamais totalement absente la représentation que la chose prescrite ou obligatoire est bonne, juste, équitable" (100). Sans doute Kelsen soutient-il que la validité ainsi établie est relative, conditionnelle, hypothétique : suspendue à l'hypothèse de la norme fondamentale, à la supposition que Dieu ou le constituant sont des autorités suprêmes. Supposition qui n'est qu'un acte de connaissance et non de volonté (Th.P.D., II, p.273).

Mise en oeuvre logique d'une hypothèse logique transcendante, le syllogisme fondateur de la validité des normes juridiques assure seulement la rationalisation d'une hypothèse dont la relativité doit garantir la Théorie pure des absolutisations iusnaturalistes.

Ainsi présentée, la problématique de la validité opérerait le filtrage, la décantation, la "purification" des aspects axiologiques dont sont porteurs les questions de l'autorité et de l'obéissance.

Dans les développements qui suivent nous nous attacherons, quant à nous, à montrer qu'une telle ambition s'avère illusoire et que l'idéal subvertit de l'intérieur les constructions kelseniennes apparemment les plus techniques.

(99) Ce point avait déjà été relevé par A. ROSS en 1944 : "la croyance en une validité objective a sa place dans le débaras des métaphysiques morales-religieuses" (Imperatives and Logic, Philosophy of Science, vol.II, 1944, p.36).

(100) "La méthode et la notion fondamentale de la Théorie pure du droit", loc.cit., p.193; Th.P.D., II, p.93.

§ 2 : La problématique de la validité des normes juridiques :
exposé et discussion.

On ne peut mieux faire pour présenter la théorie kelsenienne de la validité des normes juridiques que de reprendre, en l'adaptant, le tableau déjà utilisé pour expliciter l'épistémologie juridique de la Théorie pure (101).

La problématique de la validité doit être	La problématique de la validité ne doit pas être
<p>1. DESCRIPTION (Positivisme)</p> <p>La validité des normes juridiques consiste dans leur caractère obligatoire; elle est fonction des conditions juridiques de validité statuées par l'ordre juridique en question.</p>	<p>2. PRESCRIPTION ou IDEALISATION (Iusnaturalisme)</p> <p>La validité des normes juridiques est indépendante de leur contenu et de leur conformité à un ordre normatif supra-positif.</p>
<p>3. CONSTRUCTION (Normativisme)</p> <p>La validité des normes juridiques se ramène à leur signification juridique objective, à leur essence normative. Elle est établie par la science du droit selon une procédure syllogistique reposant en dernier ressort sur l'hypothèse d'une norme fondamentale.</p>	<p>4. EXPLICATION CAUSALE (Sociologisme)</p> <p>La validité des normes juridiques ne peut se ramener à l'acte de volonté de leur auteur (subjectivisme, volontarisme), ni au fait sociologique de leur effectivité (sociologisme).</p>

(101) Les lignes qui suivent doivent beaucoup au mémoire déjà cité de M. van de KERCHOVE, texte qui constitue, à notre connaissance, l'exposé le plus complet et le plus pénétrant de la théorie kelsenienne de la validité des normes juridiques.

Quelques mots d'explication sur chacun de ces points.

1° Il a déjà été démontré que Kelsen assimilait la validité des normes juridiques à leur existence et leur caractère obligatoire. Reste à souligner que la Théorie pure, qui est description de son objet, s'engage à exposer la théorie de la validité des normes juridiques en commençant par enregistrer la manière dont le droit positif tranche lui-même cette question. C'est que, souligne Kelsen, le droit a pour particularité de régler lui-même sa propre création. (Th.P.D., II, p.299). Dans cette optique, sera valide la norme dont la création répond aux conditions statuées par l'ordre juridique intéressé. Si l'acte qui se présente sous la forme d'un acte créateur de droit n'est pas conforme aux prescriptions de la norme qui le régit, il n'acquiert pas la qualité d'acte juridique. Mais cette constatation n'appartient pas à la science du droit; seule l'autorité instituée par l'ordre juridique aux fins de se prononcer sur cette question pourra valablement en décider (Th.P.D., I, p.51).

2° Si le droit positif règle lui-même les conditions de validité des normes juridiques et détermine les organes habilités à trancher les contestations relatives à cette question, il devient clair que la problématique de la validité est totalement indifférente, pour une théorie positiviste du droit, à la plus ou moins grande conformité du contenu des normes juridiques aux prescriptions d'un quelconque ordre normatif méta-positif. Ce sont évidemment les théories du droit naturel qui sont ainsi rejetées, théories qui dérivent l'obéissance à la loi positive de la conformité de son contenu aux règles de nature (102). Contrairement à cette doctrine, la Théorie pure élabore la problématique de la validité objective et configure la norme fondamentale de telle manière que toutes normes qui répondent aux critères formels qu'elle prévoit soient des normes juridiques valides et cela quel que soit le contenu de leur réglementation (Th.P.D., II, p.294).

(102) H. KELSEN, "Why should the law be obeyed?", loc.cit., p.258.

3° Si la description positiviste de la problématique de la validité des normes juridiques rattache cette validité à la conformité de la norme inférieure au prescrit de la norme supérieure, la construction normativiste de cette problématique généralise cette procédure syllogistique et la fonde sur une norme fondamentale hypothétique. Alors que la norme supérieure n'est que le "fondement immédiat de la validité" de la norme inférieure (Th.P.D., II, p.299), la norme fondamentale en constitue le "fondement ultime" (Th.P.D., II, p.257) qu'il appartient à la Théorie pure de dégager.

Ce double palier d'analyse est parfaitement mis en lumière par Kelsen lui-même : la Théorie pure "décrit le droit positif, c'est-à-dire tout ordre de contrainte efficace en gros et de façon générale, comme un ordre normatif objectivement valable; et elle établit que cette interprétation n'est possible qu'à condition de supposer une norme fondamentale en conséquence de laquelle la signification subjective des actes créateurs de droit soit également leur signification objective" (Th.P.D., II, p.294, nous soulignons). Il apparaît en conséquence que le concept même de validité qui, sous l'angle de la discipline positiviste, se donnait sous son aspect phénoménal d'impérativité, s'appréhende, au plan de la construction normativiste, comme "essence juridique objective".

4° Encore qu'au plan de l'analyse du droit positif, Kelsen soit contraint d'accorder une place de choix à l'acte de volonté dont procède la norme et aux effets concrets (obéissance, transgression) qu'elle induit, l'auteur de la Théorie pure rejette, du champ de la science du droit, la réduction de la problématique de la validité en termes de volontarisme ou de sociologisme. Les théories volontaristes prétendent fonder la validité de la norme sur le fait qu'elle a été posée par un acte de volonté : selon les théoriciens du contrat social, la loi est source de droit valable parce que fondée sur la volonté générale. Une telle explication néglige, selon Kelsen, le dualisme du Sein et du Sollen : la validité objective ne peut se dériver du fait empirique qu'un acte créateur de droit se présente chargé d'une prétention subjective à

la validité. Ce fait empirique (une autorité a posé une norme) n'est, rappelons-le, que la mineure factuelle du syllogisme normatif fondant la validité; l'acte de volonté n'est que condition sine qua non -et pas condition per quam- de la validité des normes juridiques (Th.P.D., II, p.256).

Quant aux théories sociologiques, elles font dépendre la validité de l'ordre juridique et des normes qui le composent du fait qu'ils sont observés dans le comportement pratique de leurs adressataires. L'effectivité conditionne la validité. Or, dans ce cas aussi, le dualisme du Sein et du Sollen est négligé : du fait de Sein d'une conduite conforme on ne peut dégager la réalité normative de la validité (Th.P.D., II, pp.14, 16). Nous verrons cependant que, du fait des postulats positivistes qui animent la Théorie pure, la position de Kelsen concernant le problème de l'effectivité est particulièrement ambiguë.

Le décor de la problématique étant ainsi posé, nous pouvons maintenant entrer dans le détail de l'analyse et de la critique. L'étude des diverses conditions de validité d'une norme juridique nous permettra de progresser.

Pour parler de la validité d'une norme juridique, il faut d'abord réunir deux types de conditions empiriques : il faut que la norme ait été posée par un acte, à savoir un fait naturel se déroulant dans l'espace et dans le temps (condition n°1) et ensuite que cette norme règle la conduite d'individus, qu'elle "s'applique donc à des faits qui eux aussi se déroulent dans l'espace et dans le temps" (condition n°2) (Th.P.D., I, p.34).

Un acte de volonté et une certaine efficacité, voilà les premières conditions de validité; mais "si toute norme suppose un acte par lequel elle a été créée (condition n°1) et des faits auxquels elle s'applique (condition n°2), on ne peut cependant l'identifier avec cet acte ni avec ces faits" (Th.P.D., I, p.35; Th.P.D., II, p.286). Une troisième condition de validité s'avère en effet indispensable : il faut que l'acte par lequel la norme est créée soit chargé d'une signification spécifique : la signification subjective d'une norme (condition n°3). Ainsi, nous le

verrons, la Théorie pure ne peut retenir comme norme l'assertion du législateur énonçant une théorie scientifique ou l'assertion du juge se bornant à constater un fait (Th.P.D., I, p.65); de même, mise en présence de normes irréductiblement contradictoires, la Théorie pure considère "que les normes en question sont dépourvues de sens et que de ce fait elles n'appartiennent pas au domaine du droit" (Th.P.D., I, p.269).

Acte de volonté (condition n°1), effectivité (condition n°2), signification normative subjective (condition n°3) sont les conditions sine qua non de validité; elles ne nous livrent pas encore le fondement, la raison, la condition de validité per quam (Geltungsgrund) des normes juridiques. Ce fondement, on le sait, réside dans la conformité de la norme à la règle qui statue ses conditions d'édiction (condition n°4); en dernière analyse, la condition de validité des normes juridiques est à chercher dans la supposition d'une norme fondamentale (condition n°5).

De chacune de ces conditions de validité, Kelsen opère une double lecture : positiviste et normativiste; les conditions étant présentées tantôt comme des exigences des ordres juridiques existants, tantôt comme des constructions de la Théorie pure. Par quoi Kelsen espère maintenir jusqu'au bout l'idée que sa théorie est à la fois la plus fidèle à la réalité juridique et la seule susceptible d'en rendre compte scientifiquement. Nous nous attacherons quant à nous à montrer que pour avoir adopté certains postulats tirés de la pratique juridique, la scientificité de sa théorie de la validité se trouve compromise tandis que, inversement, pour s'être intégré certains postulats scientifiques, sa description de la question juridique de la validité s'avère à son tour problématique.

Où nous retrouvons les impasses d'un projet scientifique, prétendant développer un point de vue extérieur à son objet, tout en avalisant les idéaux les plus intimes à celui-ci; en l'occurrence, ce sont tantôt les idéaux proprement positivistes, tantôt les idéaux trans-positifs qui subvertissent la problématique kelsenienne de la validité des normes juridiques. Passons en revue, dans cette optique, les cinq conditions de validité préalablement relevées.

1° La condition d'édiction

Généralement c'est l'ordre juridique lui-même qui prévoit à la base de la norme juridique la nécessité d'un acte de volonté et qui transforme le fait naturel par lequel cette volonté s'exprime en acte juridiquement qualifié, en source de droit. Ainsi, observe Kelsen, "qu'un échange de lettres signifie juridiquement et exclusivement la conclusion d'un contrat, cela résulte uniquement et exclusivement de ce que ce fait tombe sous certaines dispositions du Code civil" (Th.P.D., II, p.5).

Même observation en ce qui concerne un document écrit qui se présente comme un testament, ou la réunion d'individus prenant des décisions qui se présente comme le vote d'une loi (Th.P.D., II, p.6). Si donc l'édiction semble bien être une condition de validité statuée par les ordres juridiques positifs, une telle constatation ne relève pas seulement, dans la pensée de Kelsen, de la seule description positiviste; n'écrit-il pas en effet : "c'est la norme fondamentale qui érige l'édiction en condition de validité" (Th.P.D., II, p.286). Si l'on veut bien comprendre la norme fondamentale comme condition de possibilité de la perspective logico-transcendantale, caractéristique de la Théorie pure, il apparaît que c'est cette Théorie pure, autrement dit la science kelsenienne du droit, qui exige, de par ses postulats méthodologiques, qu'une norme soit posée par un acte de volonté repérable dans l'espace et dans le temps, pour être une norme valide. Il s'agit en effet du postulat central du positivisme juridique, le droit positif étant le seul droit réel, le seul droit existant empiriquement, par opposition au droit idéal ne présentant qu'une existence idéale. L'harmonie semble donc complète entre la perspective descriptive et la démarche fondationnelle proposée par la Théorie pure.

Il est cependant permis de douter du caractère général de la condition d'édiction ainsi dégagée. Ainsi M. Virally, parlant de la coutume, la définit comme un mode "originnaire" ou "spontané" de création du droit : "elle ne dépend en aucune façon d'une norme préexistante" et est source de droit "non volontariste, aucun

acteur juridique ne pouvant imposer sa conception" (103). Même remarque pour la jurisprudence : "mode de formation impersonnelle et décentralisée, et en même temps non volontariste" (104). C'est à des observations analogues que se livre M. Perelman mettant en lumière le rôle des principes généraux, dégagés dans des décisions d'espèce, sans qu'on puisse dire que de tels axiomes aient été expressément posés avant d'être reconnus par les juges, l'application de certains d'entre eux menant même parfois à transgresser un texte de loi positive (105).

Ces quelques exemples devraient suffire à problématiser et ainsi à modaliser fortement la condition d'édiction prévue par Kelsen; du fait même c'est sa conception de la positivité de la règle qui s'en trouve pareillement ébranlée. Il semble donc bien que la condition d'édiction charge la problématique de la validité juridique du poids d'un idéal positiviste, privilégiant indûment la source législative au détriment d'autres modes de formation du droit.

2° La condition d'effectivité

Que l'effectivité soit une condition de la validité juridique, c'est là, selon Kelsen, une prescription de l'ordre juridique lui-même. Ainsi, en ce qui concerne l'effectivité de chaque ordre juridique national pris dans son ensemble, c'est une norme coutumière de droit international (celle qui tient pour légitime le gouvernement indépendant des autres gouvernements et qui est en mesure de faire respecter de façon durable les normes qu'il édicte) qui en fait une condition de validité (Th.P.D., I, p.20). De même, en ce qui concerne l'effectivité de chaque norme juridique prise individuellement, on peut soutenir que la nécessité de son obéissance est statuée par les ordres juridiques nationaux qui contiennent la

(103) M. VIRALLY, La pensée juridique, Paris, 1960, pp.162-163.

(104) M. VIRALLY, op.cit., p.167.

(105) C. PERELMAN, "Science du droit et jurisprudence" in Le champ de l'argumentation, op.cit., p.224.

règle coutumière (parfois même reconnue par la loi) sanctionnant par l'abrogation la norme tombée en désuétude (Th.P.D., I, p.122). Mais l'efficacité est aussi érigée en condition de validité par la norme fondamentale (Th.P.D., II, p.286), ou, si l'on préfère, par la Théorie pure du droit. Kelsen cependant doit se montrer prudent sur ce terrain dans la mesure où la marge qui le sépare du sociologisme assimilant validité et effectivité, s'avère fort étroite. Aussi insiste-t-il sur le fait que l'effectivité exigée par la Théorie pure, en raison toujours de ses postulats positivistes (seul le droit réel effectivement obéi est valable), n'est jamais totale : il suffit que l'ordre juridique soit en gros et en général efficace. Le rapport entre validité et efficacité exprime ici une tension entre le droit et le fait; pour le définir on doit se borner à indiquer une limite supérieure et une limite inférieure en disant que la possibilité de concordance ne doit pas dépasser un maximum, ni tomber en dessous d'un minimum (Th.P.D., I, p.118).

Il apparaît, à la réflexion, que l'exigence d'effectivité présentée par Kelsen comme une condition juridique et théorique de validité soulève des interrogations à la fois au plan scientifique et au plan du droit positif.

Au plan théorique, il faut bien constater, avec MM.Amselek et Carbonnier notamment (106), que le concept d'effectivité, tel qu'il est mis en oeuvre par la science du droit en général et Kelsen en particulier, s'avère extrêmement obscur. Ainsi, il faudrait se demander à partir de combien de comportements "transgressifs" une norme individuelle cesse d'être efficace. De même se pose la question de savoir à partir de combien de normes effectivement appliquées un ordre juridique devient efficace. Il faudrait encore s'interroger sur la nature des destinataires de la règle dont le comportement concourt à la rendre effective : faut-il réunir le comportement conforme des individus dont la règle détermine la conduite et celui des organes chargés de l'appliquer ou bien se

(106) P. AMSELEK, op.cit., pp.334 et sv.; J. CARBONNIER, "Effectivité et ineffectivité de la règle de droit" in L'année sociologique, 1958, pp.3 et sv.

contente-t-on d'une obéissance des uns ou des autres? En admettant que ces questions soient résolues, il faudrait encore observer que beaucoup de normes sont, par nature, indifférentes à l'idée d'effectivité (ainsi en va-t-il par exemple des normes permissives), et par ailleurs il existe une variété infinie de modalités d'"obéissance" à la règle (ainsi par exemple le fait de brûler un feu rouge tout en ralentissant fortement pour s'assurer qu'aucun véhicule ne vient en sens inverse...). Autant d'interrogations dont le traitement mériterait une véritable investigation scientifique, un véritable souci du fait, que Kelsen, tout en prétendant faire oeuvre d'empirisme, met entre parenthèses, se réfugiant en définitive, dans l'affirmation qu'il suffit de prendre en considération l'efficacité de l'ordre juridique pris dans son ensemble. Par quoi il entend, non pas la somme de toutes les normes composant un ordre juridique, ce qui laisserait irrésolu le problème de leur efficacité, mais plutôt la reconnaissance dont bénéficie le pouvoir étatique : "le pouvoir social n'est que l'efficacité d'un ordre réglant la conduite réciproque des hommes. Derrière tout ordre social valable il y a une puissance, car nous ne tenons un ordre social pour valable que s'il est dans une certaine mesure effectif, c'est-à-dire obéi et appliqué de manière générale" (107). Où s'affirme le lien entre validité juridique et soumission au pouvoir d'Etat, ce lien n'étant pas vraiment interrogé scientifiquement mais plutôt admis comme évident, ce qui ne manque pas de traduire, dans la pensée kelsenienne, l'efficace d'un idéal politique.

Problématique sur le plan théorique, la notion d'effectivité l'est aussi sur le plan du droit positif. Ne suffit-il pas en effet de s'aviser de ce que la norme "de droit positif" exprimant le principe d'effectivité n'est pas nécessairement elle-même une norme douée d'effectivité, pour introduire le doute? Si on admet avec M. Carbonnier que "l'observation sociologique découvre d'innombrables phénomènes d'ineffectivité" (108) ne faut-il pas reconnaître

(107) H. KELSEN, "Théorie du droit international public" in Académie du droit international, Recueil des cours, 1953, II, Leyde, 1955, p.73; en ce sens, P. AMSELEK, op.cit., p.339.

(108) J. CARBONNIER, Sociologie juridique, Paris, 1972, p.271.

que l'exigence d'effectivité fonctionne, sur ce plan aussi, comme un idéal plus que comme une réalité? Il est significatif que l'effectivité soit postulée sans être ni décrite, ni interrogée; c'est encore M. Carbonnier qui livre l'implicite d'un tel phénomène : "si le droit dogmatique s'intéresse peu à l'application des lois, c'est qu'au fond du coeur il la suppose parfaite" (108).

Présumé, éminemment pratique, de la loi parfaite : n'est-ce pas la même idée que traduit M. François qui observait à propos du juge : "il arrive qu'il se fasse une représentation quelque peu conventionnelle du droit réel. Il travaillera alors sur des normes en partie supposées (...). Il est bien contraint (...) de réputer effectivement en vigueur de façon permanente des normes qui le sont seulement par intermittence, de réputer fixe un champ d'application variable, de réputer réelles des normes dont l'existence est incertaine" (109). Jean Dabin n'est-il pas tout aussi explicite quand il rattache l'exigence d'effectivité à "l'idéal de la bonne règle" : "ainsi la vérité du droit, résultant de son adéquation tant à la fin du bien public, qu'à l'état de l'opinion, ne suffit pas à remplir l'idéal de la bonne règle. Il faut, de plus, que le droit soit applicable, praticable, maniable par correspondance aux conditions proprement techniques de sa mise à exécution" (110). Alors même qu'elle se réclame de l'observation empirique, la condition d'effectivité, une fois problématisée, révèle son enracinement dans le sol de l'idéal -idéal de la bonne loi- que le positivisme kelsenien a repris à son compte sur le mode de l'évidence au lieu de le soumettre à une interrogation critique.

(109) L. FRANCOIS, Le problème de la définition du droit, op.cit., pp.192-193; cf. encore J.F. PERRIN, Pour une théorie de la connaissance juridique, Genève-Paris, 1979, p.100 : "L'idéologie politique dominante n'apprécie pas la révolte des faits contre le code, ni la forme insidieuse de désobéissance qui se dissimule derrière l'idée de désuétude (...). Officiellement, il n'y a pas de mauvaises lois dont le peuple aurait à se faire justice".

(110) J. DABIN, Théorie générale du droit, 2è éd., Paris, 1969, p.266. L'auteur se réfère à Saint-Thomas qui écrivait déjà que de même qu'un morceau de musique devait être "exécutable", le droit devait être "applicable".

3° La condition de signification normative subjective.

Pour être valide une norme doit présenter une signification normative subjective; il ne saurait en être ainsi, si, loin d'exprimer un commandement, la "norme" énonce un fait, une théorie ou un simple voeu (a) ou si elle s'avère en contradiction irréductible avec une autre norme (b).

a) C'est la science du droit qui exige qu'une signification normative s'attache à l'acte créateur de droit; sans une telle signification, la Théorie pure ne peut assurer l'opération de légitimation qui consiste à rattacher cette prétention subjective à la validité objective garantie par la norme fondamentale (Th.P.D., II, p.276). Une Constitution qui se contenterait d'affirmer que les hommes naissent libres et égaux entre eux, serait sans rapport avec la norme fondamentale et ne pourrait donc être validée (Th.P.D., I, p.66). Contrairement à ce qu'il réalise pour les autres conditions de validité (et même pour la seconde version de la présente condition), Kelsen n'indique pas que le droit positif lui-même ne tient pour valides que les normes présentant une signification normative.

C'est que cette affirmation, directement déduite du dualisme du Sein et du Sollen et du strict normativisme kelsenien, s'avère particulièrement irréaliste. Il est certain en effet que, insérée dans un complexe normatif, une norme qui prétend n'énoncer qu'un fait, une théorie ou un voeu exerce une fonction normative qui, pour ne pas se dégager de sa formulation linguistique, n'en est pas moins opératoire. On peut même aller plus loin et affirmer, à la suite de Gottlieb et de Jean Ray notamment, que les concepts juridiques exercent déjà cette fonction normative (111) en intégrant le réel dans la systématité du droit, aménageant du même coup la situation visée en lui appliquant virtuellement une constellation de solutions juridiques. Il apparaît donc, qu'entraîné par les postulats méthodologiques du normativisme, Kelsen procède en ce

(111) G. GOTTLIEB assimile les concepts légaux à des affirmations normatives (The logic of choice. An investigation of the concepts of rules and rationality, London, 1968, p.35); J. RAY fait remarquer que les règles impératives s'introduisent dans les concepts eux-mêmes (Essai sur la structure logique du Code civil français, Paris, 1926, p.104); cf. aussi J.L. GARDIES op.cit., p.29.

point de son argumentation à une réduction indue de son champ théorique; c'est cependant la seconde version de cette condition de validité qui se révélera la plus riche en enseignements critiques.

(b) "On ne saurait affirmer la validité simultanée d'une norme de contenu A et d'une norme de contenu non-A" (Th.P.D., I, p.269). Cet impératif résulte, selon Kelsen, tant des exigences du droit positif que de celles de la Théorie pure : "une science normative ne peut admettre de contradictions entre deux normes appartenant au même système. Or le droit lui-même résout le conflit"... (Th.P.D., I, p.134, nous soulignons).

Il est indéniable que l'ordre juridique ne s'accommode guère de contradictions persistantes de normes. S'il s'agit d'un conflit opposant deux normes de degrés hiérarchiques différents, le droit résout ce conflit en habilitant un organe compétent pour trancher la question (Th.P.D., II, p.366); la décision de cet organe, s'il décide en dernière instance, aura force de droit (Th.P.D. II, p.357). S'il s'agit d'un conflit surgi entre deux normes de même degré, il revient aux organes chargés de l'application du droit d'éliminer la contradiction en faisant usage de divers procédés d'argumentation : ainsi l'adage "lex posterior", ainsi la possibilité de restreindre les champs d'application respectifs des deux normes (Th.P.D., II, pp.275-276).

Mais ce souci d'évacuer les contradictions de normes se trouve relayé, renforcé même, par la Théorie pure qui "postule l'unité de son objet" (Th.P.D., I, p.168). C'est "par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit" que "la masse des normes juridiques générales et individuelles posées par les organes juridiques, c'est-à-dire les matériaux donnés à la science du droit, deviennent un système présentant une unité, exempte de contradictions" (Th.P.D., II, pp.98-99). Dès lors, lorsque la science du droit se trouve en présence de normes contradictoires, "elle s'efforce de résoudre la contradiction en montrant qu'elle est seulement apparente. Si elle n'y parvient pas, elle considère que les normes en question sont dépourvues de sens et que de ce fait elles n'appartiennent pas au domaine du droit" (Th.P.D., I, p.169).

Que penser de cette nouvelle condition de validité?

Il faut d'abord, avant de formuler toute interrogation critique, admettre que le discours juridique contient des normes contradictoires. Kelsen lui-même le reconnaît, même s'il ajoute, emboîtant le pas à la dogmatique la plus classique, que de telles contradictions sont seulement "apparentes".

Il faut d'autre part, sur le plan épistémologique, reconnaître que si un discours scientifique quelconque doit tendre à éviter les contradictions entre ses propositions théoriques et doit s'assurer l'identité de son objet, il n'exige cependant en aucune façon que cet objet soit dépourvu de contradictions (112). Une théorie scientifique doit rendre compte de manière non-contradictoire d'un objet déterminé qui, lui, peut parfaitement se révéler porteur d'antinomies. Postulant quant à lui la nécessité de l'absence de contradictions des normes juridiques elles-mêmes, Kelsen ferait preuve, selon M. Amselek, de "logicisme" : "il manipulerait, en fonction de la logique, les règles de droit qui sont l'objet de la science" (113). La remarque est exacte : on ne peut considérer comme scientifique l'attitude qui consiste à traiter une contradiction (plutôt que de l'enregistrer et de s'efforcer de l'expliquer) en manipulant ses données ou, à défaut d'y réussir, par l'exclusion de celle-ci de la problématique. Il faut cependant aller plus loin; le logicisme de Kelsen n'entraîne pas seulement des entorses par rapport à la réalité juridique phénoménale, entorses redevables à l'idéal scientifique du principe de non-contradiction; il faut montrer que l'application indûment élargie de ce principe participe, dans la pensée de Kelsen, de l'idéal, éminemment dogmatique, du droit cohérent. C'est en effet l'idéal de la cohérence du système juridique, idéal dont nous avons montré dans les premières parties de cette étude combien il était agissant au plan de la rationalité juridique pratique, qui s'est imposé à la problématique kelsenienne de la validité. L'auteur de la Théorie pure tente de rationaliser un tel impératif en le présentant comme une

(112) en ce sens, P. AMSELEK, op.cit., p.182.

(113) P. AMSELEK, op.cit., p.186.

exigence scientifique - "toute science postule l'unité de son objet" - mais nous avons vu que, en l'occurrence, un tel dessein dénaturait l'objet étudié. Cette dénaturation ne se comprend que si on l'assimile à la manipulation que les juristes, fascinés par l'idée d'harmonie, font subir aux matériaux normatifs dont ils disposent; témoigne de cette assimilation, le glissement que Kelsen pratique sans cesse, à propos du problème des contradictions de normes (comme à d'autres sujets d'ailleurs), entre la dogmatique juridique et la Théorie pure du droit (Th.P.D., I, pp.134, 169) (114). Or une chose est de constater que les juges et la doctrine s'efforcent d'éliminer les antinomies du discours juridique, autre chose est d'avaliser une telle méthode au plan scientifique. Si comme le dit M. François, "réputer fictivement la présence dans l'ordre juridique de plus de clarté, de cohérence, de précision, de régularité, de système, de netteté dans les contours, de fermeté dans les principes", c'est "s'en faire et en répandre une image stylisée" (115), on ne peut que rejeter une telle idéalisation et a fortiori quand elle opère au plan scientifique.

Il apparaît donc que la condition de validité qui exige l'absence de contradiction entre normes charge à son tour cette problématique de la validité des brumes d'un idéal pratique.

Si nous rassemblons nos observations consacrées aux trois premières conditions de validité étudiées (édiction, effectivité, signification normative subjective) nous voyons pour la première fois poindre l'idée que cette problématique de la validité juridique pourrait bien concentrer en son sein, un "précipité" des principaux idéaux dogmatiques, la notion de "validité juridique

(114) Dans le même sens, cf. A. JEAMMAUD, Des oppositions de normes en droit privé interne, thèse ronéotypée, Lyon, 1975, p.558: "Tantôt le maître de l'école normativiste semble présenter l'invalidité nécessaire d'une des normes contradictoires comme la conséquence d'une logique inhérente à l'ordre juridique lui-même - mais il apparaît alors que Kelsen procède, comme le font pratiquement tous les auteurs qui abordent la question, par voie d'affirmation - tantôt, afin semble-t-il de justifier cette affirmation, il donne l'impression d'en faire la conséquence de la soumission de la "science du droit" aux principes logiques".

(115) L. FRANCOIS, op.cit., p.193.

objective" fonctionnant dans ce cadre comme l'obstacle épistémologique majeur de la Théorie pure. Si on se souvient que Kelsen lui-même assimile validité juridique à obéissance à la loi, l'ensemble des conditions étudiées se présentent comme des conditions d'obéissance, enjeu par rapport auquel le secours d'idéalisations théoriques relayant des fictions pratiques n'est évidemment pas étranger. Sommes-nous si loin de ces juristes qui ne "renoncent pas à croire et à faire croire..." (Th.P.D., I, p.13)?

L'étude des deux dernières conditions de validité, conditions "per quam" et non plus seulement "sine qua non" devrait nous permettre de conclure.

4° La condition de conformité à la norme supérieure.

Dans la mesure, très souvent soulignée par Kelsen, où le droit règle lui-même sa propre création (Th.P.D., II, p.299), on peut affirmer que ce sont les ordres juridiques positifs qui imposent comme condition de validité la conformité d'une norme donnée à la norme supérieure qui règle sa création.

Kelsen reprend ainsi la "Stufentheorie" qui conduit à intégrer chaque norme dans un système à la fois dynamique et hiérarchique dont la validité se communique de proche en proche de la Constitution à la plus modeste norme individuelle.

Sans doute l'exposé d'un tel système selon l'image de la pyramide s'accompagne-t-il d'un certain nombre de modalisations mais on peut dire qu'en définitive la validité de l'ensemble des normes juridiques se rattache au système qu'elles forment, système délimité lui-même par la mise en oeuvre d'une même norme fondamentale. Ainsi Kelsen peut-il conclure que le fondement de la validité du droit positif que livre la norme fondamentale s'apparente à une auto-fondation du droit (116).

Mais, d'autre part, la désignation du fondement de la validité d'une norme dans la validité d'une autre norme est un des

(116) H. KELSEN, "Die Selbstbestimmung des Rechts" in Die Wiener rechtstheoretische Schule, Wien, 1968, p.1452.

axiomes de la Théorie pure et la plus pure expression de son normativisme (Th.P.D., II, p.256). Ici encore la lecture du droit positif faite par Kelsen se trouve fondée et rationalisée par ses constructions normativistes. Cette lecture, celle de la Stufentheorie en définitive, se heurte cependant à un certain nombre d'objections. Ainsi, M. Vanquickenborne fait valoir que dans bien des cas le champ de possibilités ouvert par la norme supérieure s'avère à ce point large qu'il devient très difficile de décider si la norme inférieure s'intègre encore dans ce cadre (117).

Dans certains cas le juge et, plus généralement, tout auteur d'une norme inférieure, se trouve même contraint de quitter le champ des possibilités tracé par la norme supérieure soit pour lui découvrir des exceptions, soit pour lui substituer une autre règle (118). Une nouvelle solution, non validée par une règle supérieure, s'introduit ainsi dans le système juridique; elle s'y maintient si elle fait l'objet d'une approbation (d'un jugement de valeur donc) par l'auditoire des juristes (119).

Dans le même ordre d'idées, M. Virally rejette la thèse kelsenienne au motif qu'"elle exclut, sans raison valable, la possibilité de la formation spontanée de normes par le simple développement de la vie sociale" (120). Selon M. Virally, la véritable genèse de l'ordre juridique se développe selon un double mouvement : le premier -le seul que vise la Stufentheorie- va de haut en bas, des règles aux situations individuelles, par voie de déduction et de concrétisation, tandis que le second, qui est celui du droit spontané (coutume et jurisprudence) et dont Kelsen ne rend pas compte, va de bas en haut, des situations individuelles aux règles, par voie d'induction et de généralisation (121).

(117) M. VANQUICKENBORNE, "Quelques réflexions sur la notion de validité" in Archives de philosophie du droit, t.13, 1968, p.191

(118) M. VANQUICKENBORNE, ibidem, p.196.

(119) M. VANQUICKENBORNE, ibidem, p.196.

(120) M. VIRALLY, "Le phénomène juridique" in Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, janv.-févr. 1966, Paris, p.57.

(121) M. VIRALLY, ibidem, pp.55-58.

On pourrait multiplier des critiques du même ordre; l'important, comme pour les autres conditions de validité déjà étudiées, est de problématiser la soi-disant description du phénomène juridique que propose Kelsen. Ce qui apparaît à nouveau c'est que loin de rendre compte de la réalité juridique phénoménale dans sa complexité, la "Stufentheorie" en force certains traits en considération d'un modèle idéal. Modèle de normes logiquement articulées et de compétences strictement déléguées qui à la fois idéalise la production juridique et refoule certains phénomènes irréductibles au schéma retenu. Ainsi de l'irruption de certains principes généraux n'ayant à s'autoriser, pour s'imposer, que du consensus qu'ils recueillent auprès des juristes. Or pourtant, de tels phénomènes sont révélateurs d'une problématique, rejetée par le normativisme kelsenien et qui éclatera au plan de la norme fondamentale, stade ultime où se concentrent toutes les ambiguïtés de la Théorie pure : problématique de la légitimité de l'autorité qui pose et valide les normes juridiques. L'image d'un système juridique qui se valide lui-même, en dehors de tout phénomène d'autorité et selon une pure procédure formelle, évacue évidemment ce problème, mais il ressurgit entier au plan de la norme fondamentale qu'il nous reste à aborder. La seule concession qu'on peut faire à l'explication kelsenienne, c'est qu'elle s'adapte assez bien, pour la rationaliser, au souci que manifestent généralement les juristes de voiler la part active qu'ils prennent à l'élaboration du système juridique en prétendant conformer leurs créations au prescrit de quelque règle supérieure; mais ce n'est là que reconnaître, une fois de plus, l'inféodation de la Théorie pure à des impératifs dogmatiques.

5° La condition de conformité à la norme fondamentale.

On le sait : la quête du fondement de la validité d'une norme ne peut se poursuivre à l'infini, elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême (Th.P.D., II, p.257). Nous arrivons ainsi, au terme de son investigation consacrée à la validité des règles de droit, à la Grundnorm, norme fondamentale, fondement ultime de la validité de toutes les normes composant un ordre juridique donné.

Cette Grundnorm, précise d'emblée Kelsen, ne peut être posée, car si elle l'était elle serait créée par une autorité qui elle-même devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure; elle est donc pensée ou supposée plutôt que voulue et posée (Th.P.D., II, pp.257,269). Sur base de ces premières indications on pourrait croire que la condition de conformité à la norme fondamentale et cette norme elle-même n'ont plus aucun rapport avec le droit positif et sont entières créations de la Théorie pure. Quoique la position de Kelsen soit fort délicate sur ce point, elle tente cependant de rester fidèle à l'ensemble de la démarche et suggère l'enracinement de la norme fondamentale dans le droit positif lui-même.

Ainsi, quoiqu'il reconnaisse que la norme fondamentale "n'est pas une norme de ce droit positif dont elle fonde la validité objective" (Th.P.D., II, p.296), il lui attribue des fonctions qui impliquent, comme le remarque J. Stone, qu'elle exerce un rôle "intra-systémique" (122). Pour expliciter cette position, il faut d'abord remarquer que Kelsen présente ce fondement ultime mais hypothétique de la validité comme une norme (non positive, certes), alors qu'il aurait pu se contenter d'y voir une hypothèse ou un postulat (123).

Il faut ensuite observer, comme l'indique très justement M. van de Kerchove, que cette norme fondamentale joue par rapport à la Constitution un rôle fondatif calqué sur celui que tient, dans la pyramide juridique positive, chaque norme supérieure par rapport à la norme inférieure (124). Ainsi Kelsen parle-t-il de "délégation", d'"habilitation", d'"institution" de l'autorité législative suprême par la Constitution et il souligne la nécessaire "conformité" de la Constitution à la norme fondamentale, comme la condition ultime de sa validité. Cette interaction entre la norme fondamentale et

(122) J. STONE, "Mystery and mystique in the basic norm" in The modern law review, vol. 26, 1963, London, p.45.

(123) en ce sens, M. van de KERCHOVE, Les deux versions..., op.cit., p.102.

(124) M. van de KERCHOVE, ibidem, p.103; J. STONE, ibidem, p.45.

l'ordre juridique va si loin que, sous la plume de l'auteur de la Théorie pure, la Grundnorm n'habilite chaque fois qu'un Constituant déterminé, ne valide qu'"une Constitution parfaitement individualisée" (Th.P.D., II, p.267) de sorte que si cette Constitution venait à être modifiée illégitimement, il faudrait nécessairement modifier la norme fondamentale en conséquence (Th.P.D., I, p.118).

Mais Kelsen va plus loin encore. Si l'on admet, comme le suggère toute la Théorie pure sans pour autant trancher explicitement en ce sens, la primauté du droit international sur les droits nationaux, chaque norme fondamentale des divers ordres étatiques nationaux est autant d'expressions d'une norme, positive cette fois, de droit international et qui n'est autre que le principe d'effectivité : "est légitime le gouvernement obéi" (Th.P.D., I, p.120), "est valide la Constitution d'un ordre juridique généralement effectif" (125). Dans cette dernière hypothèse à tout le moins la norme fondamentale devient une norme de droit positif; dans les autres cas, elle exerce des fonctions positives.

Or pourtant Kelsen déploie parallèlement beaucoup d'efforts pour présenter la norme fondamentale comme une création de la Théorie pure. D'abord en soutenant que celle-ci n'est pas une norme de droit positif (Th.P.D., I, pp.38, 116; Th.P.D., II, pp.262,296) (126) Ensuite en présentant la norme fondamentale comme une "hypothèse logique transcendantale qui rend possible l'interprétation de certains faits comme un système de normes objectivement valables" (Th.P.D., II, p.267). Comprise en ce sens, la norme fondamentale ne fonde pas tant la validité du droit positif que l'appréhension intellectuelle, l'interprétation, du droit positif comme droit valide.

(125) H. KELSEN, "Why should the law be obeyed?", loc.cit., p.264. La norme fondamentale se définit alors comme suit : "les Etats doivent se conduire comme ils ont coutume de se conduire" (ibidem, p.265); cette norme instaure la coutume comme procédé de création du droit, cette coutume habilite à son tour les Etats à créer du droit par voie de traités ("pacta sunt servanda") etc...

(126) H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., p.121.

Répondant ainsi à une problématique de la théorie de la connaissance, la Théorie pure, qui avance la Grundnorm, n'édicte aucune norme obligatoire : elle dégage la condition de possibilité des jugements par lesquels les juristes valident certains actes (Th.P.D., II, pp.272-273). Sous cet angle, la norme fondamentale est seulement la condition logique transcendantale de la validité du droit positif (127).

La juxtaposition des deux séries d'analyses consacrées par Kelsen à la Grundnorm en fait apparaître l'ambiguïté : elle est norme mais dépourvue de positivité, elle répond à une question de théorie de la connaissance mais exerce des fonctions de délégation-validation dans le droit positif. En définitive, toute l'ambiguïté réside dans le concept d'une norme qui n'est pas voulue mais seulement pensée.

Comment Kelsen a-t-il été conduit à proposer pareille construction? Posant la question du fondement de la validité des normes juridiques, l'auteur est contraint, à raison de ses postulats normativistes, de trouver dans une norme le Geltungsgrund. Or, comme il le démontre lui-même, une telle norme fondamentale ne peut être voulue ou édictée par personne (Th.P.D., II, p.269). Supposons en effet la norme "il faut obéir aux commandements de Dieu", règle qui, pour une théorie positiviste, trouve son équivalent dans la formule "il faut obéir aux commandements du constituant". Une telle norme ne peut pas être édictée par une autorité supérieure à Dieu ou au constituant car, pour l'éthique théologique, Dieu est l'autorité suprême; de même du constituant aux yeux des positivistes. D'autre part, ces normes ne peuvent, sans paralogisme, être édictées par Dieu ou le constituant. Enfin, elles ne peuvent être imposées par l'éthique théologique ou la Théorie pure du droit qui font exclusivement oeuvre de connaissance. Il reste donc une solution : la norme qui assure le fondement de la validité sera le contenu d'un acte d'intelligence. Elle est la forme rationalisée de la supposition intellectuelle que font quotidiennement les juristes en interprétant les actes posés conformément à la Constitution comme des normes objectivement valables (Th.P.D., II, p.273). Ainsi, encore (127) H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., p.123.

une fois, Kelsen restaure son analyse en deux temps, la Théorie pure se bornant à présenter, sous une forme logique, transcendantale, les données (en l'occurrence, les jugements) de la pratique juridique.

L'ambiguïté n'échappe cependant pas aux commentateurs de l'oeuvre de Kelsen. Sans toujours se rendre compte que c'est l'ensemble du projet kelsenien qui est porteur de cette ambiguïté, ces commentateurs vont s'efforcer de la dénoncer au plan de la norme fondamentale.

Les uns n'en retiennent que le rôle de délégation s'exerçant dans l'ordre positif et concluent à la vanité de la norme fondamentale comme hypothèse transcendantale; les autres, au contraire, soulignent l'originalité de la perspective transcendantale et concluent au rejet des fonctions pratiques de la Grundnorm.

Quant à nous, plutôt que de proposer des améliorations de la théorie de la norme fondamentale, nous tenterons d'en dégager les fonctions implicites qui rendent compte de l'ambiguïté dénoncée et qui, plus généralement, traverse la problématique kelsenienne de la validité.

Parmi les auteurs rejetant les fonctions transcendantales de la norme fondamentale, on peut retenir K. Engisch et H.L. Hart.

Quoiqu'il retienne l'idée d'une norme fondamentale, K. Engisch croit pouvoir l'identifier à la Constitution positive. "Pour ne pas s'enliser dans le formel", il faut, écrit-il, voir la norme fondamentale dans "la règle qui habilite les instances supérieures à créer du droit" (128).

A quoi Kelsen répond qu'une telle interprétation ne prend pas en considération la question spécifique de la Théorie pure qui est de s'interroger sur le fondement de la validité des ordres juridiques et non sur le point de départ empirique du processus de création du droit (Th.P.D., II, p.270, note 1).

Développant un point de vue assez proche de celui de Engisch, H.L.A. Hart propose, quoique de manière indirecte, de pertinentes réponses à cette réfutation kelsenienne.

(128) K. ENGISCH, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg, 1935, p.11.

Dans le cadre de sa théorie du système juridique composé de règles primaires et de règles secondaires, Hart découvre lui aussi une règle (secondaire) ultime : la règle de reconnaissance précisant les divers critères permettant d'identifier les règles appartenant au système juridique en question et fixant un éventuel ordre de subordination entre ces critères de validité (129). Cette règle de reconnaissance assure les "fondements" d'un système juridique; en Angleterre, elle s'énonce : "ce que la Reine et le Parlement édictent conjointement constitue du droit" (130). S'il est vrai que, le plus souvent, une telle règle est non-écrite et présumée par les juristes lors de leurs opérations d'identification des règles appartenant au système (131), son existence n'en est pas moins une question de fait qui se résout en considération de la pratique effective des particuliers, de leurs conseils et des autorités (132).

La "règle de reconnaissance" de Hart s'écarte donc de la norme fondamentale de Kelsen en ceci que son existence est réelle et non pas supposée et que, de plus, sa validité ne pouvant être référée à une règle supérieure, ne peut faire l'objet d'aucune question distincte de celle de sa réalité : si elle est généralement appliquée, on conclura que cette validité est admise (133). A l'appui de ces positions, et sans doute pour déjouer une réfutation comparable à celle que Kelsen opposait à Engisch, Hart fait encore valoir que :

- 1) la validité est une question relative : elle ne se pose qu'à l'intérieur d'un système donné et en considération des critères admis dans ce système (134) et fixés par la règle de reconnaissance

(129) H.L.A. HART, Le concept de droit, op.cit., p.128.

(130) H.L.A. HART, ibidem, p.135.

(131) H.L.A. HART, ibidem, p.136.

(132) H.L.A. HART, ibidem, p.128.

(133) H.L.A. HART, ibidem, p.203, note se rapportant à la page (97).

(134) en ce sens aussi, M. VIRALLY, La pensée juridique, op.cit., p.144.

Il n'y a donc pas de sens de s'interroger sur la validité de cette règle ultime : on dira seulement qu'elle est acceptée comme appropriée à son usage (135);

- 2) si une Constitution donnée est appliquée, elle existe réellement. C'est se mystifier que de parler d'une règle se superposant à celle-ci et en ordonnant le respect (136).

Cette position pourrait constituer le point de départ d'une ultime mise en question de la perspective kelsenienne. Nous pensons aussi que la validité d'une norme est une question qui, du point de vue juridique, n'a de sens que dans le cadre d'un système donné. La poser à propos de la norme fondamentale c'est nécessairement sortir de ce point de vue juridique sans pour autant, comme le croit Kelsen, adopter une démarche scientifique. Ce sont bien plutôt les positions de Hart qui nous paraissent scientifiques. Il apparaît en effet que, sur le plan de la dogmatique juridique (approche interne à son objet), la thèse de Hart rencontre les opérations pratiques et doctrinales qui établissent la validité des normes au regard de leur conformité aux critères de validité admis dans le système juridique étudié; ce qui engage une double étude : formulation des critères de validité compris sous la règle de reconnaissance et discussion de la validité de chaque règle donnée au regard de ces critères. Tandis que, sur le plan de l'étude scientifique du phénomène juridique (approche externe à son objet), la position du maître d'Oxford, partant de la constatation empirique de l'effectivité des règles et du "point de vue interne" que celle-ci traduit chez ses utilisateurs (le fait qu'ils l'acceptent comme règle de conduite, ce que manifeste une étude analytique du langage employé pour désigner la norme), engage à des études de type sociologique et psychologique, visant à rendre compte de ces phénomènes dans une perspective explicative.

Au regard de cette conception de la validité juridique et des études scientifiques qu'elle permet, la position kelsenienne, conduite par son normativisme à concentrer la validité des ordres juridiques

(135) H.L.A. HART, ibidem, p.137.

(136) H.L.A. HART, op.cit., p.294; dans le même sens, cf. J. STONE, Legal system and lawyers' reasonings, London, 1964, p.105.

dans une norme supérieure se superposant à la Constitution, paraît participer d'une démarche fondationnelle bien classique...

C'est ce qu'affirme notamment A. Ross pour lequel le recours à l'idée de validité internormative traduit une interprétation métaphysique de la conscience juridique (137). Pour lui, le problème du lien entre la réalité et la norme, refoulé par Kelsen jusqu'à la norme supérieure, ne peut manquer de se poser à ce niveau. L'auteur de la *Théorie pure* est d'ailleurs contraint de reconnaître que la Grundnorm doit être choisie de manière à rendre compte de l'ordre juridique effectivement appliqué et que, lorsque cette effectivité vient à faire défaut, il importe de modifier la norme fondamentale en conséquence. Le problème de la validité se ramène donc à un problème d'effectivité que l'idée de validité internormative (une norme fondant une autre norme) ne fait qu'obscurcir, conclut Ross.

Partant des mêmes prémisses, C. Martyniak enregistre à son tour la contradiction marquant l'oeuvre de Kelsen qui n'a su choisir entre le criticisme et le pragmatisme et a dû ménager des rapports essentiels entre le Sein et le Sollen qu'il séparait. Dès lors, ou bien Kelsen rejette la thèse dualiste et reconnaît dans l'effectivité le fondement de la validité du droit, ou bien il se maintient dans le pur normativisme et ne peut échapper à la nécessité de légitimer d'une manière méta-positive la validité de l'ordre juridique (où Martyniak rejoint Pitamic, un des premiers commentateurs de Kelsen, parlant du "domaine surnaturel d'où se dégage la norme fondamentale sous forme d'ordre divin") (138).

Si donc certains auteurs raplatissent la norme fondamentale sur une norme juridique supérieure ou l'identifient à l'effectivité, d'autres, au contraire, mettent son caractère normatif entre parenthèses et insistent sur sa fonction d'hypothèse scientifique conditionnant une fondation transcendante de la validité juridique.

(137) A. ROSS, On law and Justice, London, 1958, p.70.

(138) C. MARTYNIK, "Le problème de l'unité des fondements de la théorie du droit de Kelsen", loc.cit., p.189.

Ainsi M. Virally pour qui "la norme fondamentale hypothétique n'est pas logiquement nécessaire à l'existence d'ordres juridiques effectivement appliqués, tels que nous pouvons les observer, mais seulement à la méthode de description de ces ordres juridiques que représente la Théorie pure du droit" (139).

Le professeur Troper fait un pas de plus quand il concède aux critiques de Kelsen "qu'il n'est pas légitime de soutenir qu'une hypothèse prescrive de se conduire conformément à la Constitution" (140).

Poursuivant dans cette voie, F. Kaufmann prend au sérieux le rapprochement que Kelsen opère parfois entre la Grundnorm et les postulats centraux des sciences exactes. Loin d'être une norme, la norme fondamentale doit se comprendre comme une hypothèse portant sur l'ensemble des critères qui permettent d'intégrer les normes dans un ordre juridique donné. Cette hypothèse répondrait donc plutôt au nom de "critère de positivité" ("Positivitätskriterium") (141) et plutôt que de parler de sa validité, il conviendrait de viser sa fécondité, c'est-à-dire sa capacité à rendre compte d'un maximum de données juridiques empiriques.

Sans entrer plus avant dans l'évocation des tentatives doctrinales de préserver le système kelsenien de l'équivoque où il s'est engagé, nous voudrions, quant à nous, d'abord prendre acte de la profondeur de cette ambiguïté (la Grundnorm est, pour Kelsen, ne l'oublions pas, à la fois norme et hypothèse : on ne peut, sans renoncer à Kelsen, choisir l'une version au détriment de l'autre) (142), souligner ensuite le fait qu'elle marque, comme nous avons essayé de le montrer, l'ensemble de la théorie kelsenienne de la validité et enfin nous risquer non pas à évacuer la tension relevée mais à en rendre compte pour elle-même.

(139) M. VIRALLY, La pensée juridique, op.cit., p.XV.

(140) M. TROPER, "La pyramide est toujours debout! Réponse à P. Amselek", loc.cit., p.1536.

(141) F. KAUFMANN, "Juristischer und soziologischer Rechtsbegriff" in Gesellschaft Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre, Frankfurt-Main, 1967, p.40.

(142) en ce sens, J. STONE, "Mystery and mystique in the basic norm" loc.cit., p.48.

Pour ce faire, il faudrait commencer par interroger le caractère hypothétique que Kelsen prête à la norme fondamentale (143). Rappelons qu'il s'agit là d'un point capital de la Théorie pure car c'est précisément ce caractère simplement hypothétique de la Grundnorm qui relativise toute l'interprétation normativiste de Kelsen, préservant ainsi son entreprise des absolutisations propres aux théories du droit naturel. Le fondement de la validité des normes juridiques n'étant pour Kelsen que conditionnel et hypothétique, la validité que retient la théorie positiviste du droit est seulement relative (144).

Or une lecture plus attentive des thèses kelseniennes conduit à mettre en doute la qualité d'hypothèse dont se pare la Grundnorm. Kelsen n'écrit-il pas lui-même : "la norme fondamentale qu'on attribue à un certain ordre juridique n'est donc absolument pas le produit d'une pure et libre invention. Si l'on suppose telle norme fondamentale, ce n'est pas par décision arbitraire; on n'a pas le choix entre diverses normes fondamentales; il s'agit de justifier le fait de reconnaître qu'un certain acte constituant (...) a la signification objective qui correspond à sa signification subjective" (Th.P.D., II, p.266). Il apparaît donc que loin d'être une hypothèse ou une supposition, la norme fondamentale est la nécessaire condition de possibilité d'une hypothèse : l'hypothèse de la validité du droit positif. C'est en effet "si on considère le droit positif comme valable" que l'on "suppose la norme fondamentale"(Th.P.D., II, p.63). (145). Mais ici encore c'est Kelsen qui présente l'interprétation normative (interpréter le droit positif comme droit valide) comme une simple hypothèse.

Or cette qualification se heurte à son tour à deux objections.

(143) Un seul auteur s'est, à notre connaissance, engagé dans cette voie : M. van de KERCHOVE, mémoire cité, pp.111 et sv.

(144) H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., p.122.

(145) H. KELSEN, ibidem.

1) Kelsen peut-il, sans incohérence, à la fois rendre hypothétique la liaison positivité-validité (l'interprétation normative, si l'on préfère) et faire de cette liaison l'objet même de la Théorie pure, celle-ci, comme toute théorie positiviste conséquente (selon Kelsen du moins), postulant la validité du droit positif?

2) Sur le plan de la réalité juridique, il est également trompeur de rendre hypothétique l'interprétation normative des actes créateurs de droit.

D'abord parce que, au plan du droit positif, la validité d'une règle donnée peut être établie par les critères en vigueur dans le système juridique envisagé, ces critères ne se donnant évidemment pas pour des hypothèses ou des suppositions. Ensuite parce que cette interprétation normative est le fait quotidien des juristes et autres adressataires de la règle, comme Kelsen le reconnaît lui-même : chacun interprète la Constitution et les actes posés conformément à son prescrit comme des actes objectivement valides. Nous ne voulons évidemment pas dire que ces phénomènes ne peuvent être interrogés d'un point de vue scientifique critique, ce qu'au bien entendu conduirait à en suspendre la réalité, le temps de la question; mais une chose est de suspendre, pour le besoin d'une explication théorique, la réalité d'un phénomène et une autre de nier la réalité de ce phénomène et de le transformer, sous prétexte de science, en simple hypothèse.

De cette double objection, on peut conclure que la validité des normes juridiques n'est pas tant une supposition théorique qu'une présupposition des juristes. Traiter le droit positif comme valide et les autorités en place comme compétentes est véritablement le sens même de la pré-compréhension animant la pensée juridique. Nous trouvons, dans cette démarche, l'horizon fondateur, le pré-jugé de base de tous les jugements juridiques; pré-jugé entraînant croyance et induisant obéissance au droit.

C'est dire l'importance du lieu où fonctionne la norme fondamentale et aussi la gravité du travestissement dont elle est l'objet. Présentée par Kelsen, toujours soucieux d'éviter le ravalement de ses théories au rang de la métaphysique, comme une hypothèse re-

lativisant toutes les constructions qui s'en dégagent, la norme fondamentale apparaît en fait comme la nécessaire condition de possibilité de la présupposition de base de la pensée juridique.

La présupposition s'énonce : "le droit est obligatoire" et sa condition de possibilité est la catégorie gnoséologique de normativité s'exprimant sous autant de formes que d'ordres juridiques en présence pour reformuler, de manière quasi tautologique, la nécessité d'obéir au droit obligatoire.

Le présupposé est premier, il a une fonction pratique de validation et même de légitimation; la condition de possibilité est seconde et exerce une fonction théorique de rationalisation. La norme fondamentale est ainsi la traduction rationalisée du préjugé fondateur de la pensée juridique.

Faute de distinguer ces niveaux, ces moments et ces fonctions, assimilant l'ensemble dans la présentation de la norme fondamentale qu'il dote de surcroît du statut trompeur d'hypothèse, Kelsen concentre un maximum d'ambiguïtés dans la Grundnorm. Ainsi la théorie kelsenienne de la validité et la norme suprême qui la couronne, apparaissent lourdes d'ambiguïtés au carrefour d'un projet pratique de validation bien dans la ligne de la pensée juridique dogmatique et d'un projet théorique de réflexion critique. Projet compromis si, poursuivant l'analyse, nous parvenons à montrer plus avant le rôle de légitimation de l'ordre juridique et de ses auteurs que joue en réalité la norme fondamentale. Le maître autrichien a cependant voulu prévenir une telle interprétation; pour lui "la norme fondamentale ne remplit pas du tout une fonction éthico-politique, mais uniquement une fonction de théorie de la connaissance" (Th.P.D., II, p.295).

En dépit de cette dénégation, c'est pourtant bien la réalité d'un tel rôle que nous voudrions établir.

Suivons, une fois encore, l'exposé de Kelsen. Pour lui "la Théorie pure du droit attribue à la norme fondamentale le rôle d'une hypothèse de base. A supposer que cette norme soit valable, l'ordre juridique qui est issu d'elle est lui aussi valable, car elle confère..." (Th.P.D., I, p.116).

Selon cette présentation, c'est la norme fondamentale qui communique la validité à l'ensemble de l'ordre juridique. Or, à l'examen, une telle position s'avère intenable. Si on retient le rôle d'hypothèse scientifique dont se prévaut la Grundnorm, on ne voit pas en quoi une hypothèse - à supposer qu'elle soit vérifiée (mieux vaut d'ailleurs parler de sa vérification que de sa validation) - peut valider une norme juridique positive. Si l'hypothèse est vérifiée, cela peut seulement signifier que la connaissance des ordres juridiques que nous développons sur cette base s'avère pertinente. Si, en revanche, on retient le rôle quasi-positif de validation que la Grundnorm exerce à l'égard de la Constitution historiquement première, on aperçoit qu'une telle "validation" n'a rien de comparable avec celle qui s'opère entre n'importe quelles autres normes. La Grundnorm n'étant pas une norme de droit positif et ne précisant aucun critère d'édiction précis, on ne voit pas en quoi la première Constitution pourrait lui être conforme, au sens où on dit que la loi est conforme au prescrit de la Constitution. Est-ce à dire que la première Constitution jouit de la validité en raison de sa seule impérativité? Non, ce serait négliger le "point de vue interne", le sentiment d'obligatorité qui accompagne la mise en oeuvre des règles de droit. En ce sens Kelsen a raison de vouloir sauver, dans la problématique de la validité, quelque chose de normatif. Mais une telle impérativité n'est évidemment plus de nature logique ou fonctionnelle comme il le prétend : il s'agit bel et bien de la représentation d'un devoir au sens axiologique. C'est d'ailleurs en ce sens seulement que la Grundnorm peut communiquer la validité à la première Constitution et, par suite, à l'ensemble de l'ordre juridique.

Ce n'est qu'à condition d'entendre validité comme impérativité que se justifie le rôle de la norme fondamentale; c'est le devoir d'obéissance que la norme suprême prête à la Constitution. Dans la mesure où, nous l'avons vu, il n'y a aucun sens à comprendre la validation opérée par la Grundnorm comme une vérification scientifique ou une conformisation juridique, cette validation ne peut

s'entendre que comme proclamation du devoir d'obéissance au droit. Kelsen, du reste, identifie validité à impérativité; cependant la mise en oeuvre de la notion de validité dans le cadre d'un système juridique hiérarchisé et dynamique lui permet de donner à cette notion le sens logique de "conformité à la norme supérieure" qui camoufle le sens axiologique de "devant être obéi".

Un tel camouflage, indéfiniment maintenu tant qu'on reste dans la sphère des délégations du droit positif, ne résiste pas quand on s'élève à la première Constitution. Pour elle, la validation signifie exclusivement imposition du devoir d'obéissance. Pour les autres normes, ce sens est également présent et se communique par degré jusqu'aux plus modestes règles, mais se masque sous les procédures formelles d'habilitation.

Or, il faut le dire nettement, l'assimilation validité-obligatorieté n'est pas une position positiviste; comme le suggère M. Amselek, une telle équivalence traduit plutôt des reliquats de pensée iusnaturaliste (146). Pour une pensée vraiment positiviste, valide doit seulement signifier "conforme aux critères en vigueur dans l'ordre juridique considéré". Certes, -c'est dans un sens le mérite de Kelsen que d'enregistrer ce fait- une telle position ne se retrouve jamais dans la pratique juridique. Tous les jugements juridiques opèrent sur base de la présupposition que le droit valide doit être obéi. De cette présupposition, la norme fondamentale est, nous l'avons dit et le confirmons ici d'une nouvelle façon, la condition de possibilité. S'il est donc vrai que la Grundnorm exprime le fondement des jugements juridiques pratiques, elle ne peut pour autant prétendre "exercer uniquement une fonction de théorie de la connaissance" (Th.P.D., II, p.295). Que du contraire, la norme fondamentale insuffle dans le système juridique le "supplément d'obligatorieté" indispensable à sa mise en oeuvre pratique.

(146) P. AMSELEK, "Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique" in Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1978, p.17.

Elle exprime, sur un mode rationalisé, quelque chose comme un impératif catégorique et une reconnaissance inconditionnelle de l'autorité.

Kelsen, une fois encore, a tenté d'affronter une telle analyse. Dans une très longue note de la seconde édition de la *Théorie pure* (Th.P.D., II, pp.282 et sv.), le maître autrichien discute en effet la position de Ross selon lequel la validité normative objective telle que l'entend Kelsen est une rationalisation erronée de certaines attitudes de comportement par lesquels les hommes, vivant sous un certain ordre juridique, tiennent l'instance qui pose le droit pour une autorité et se soumettent dès lors à ses commandements (147). Pour Ross donc, la Théorie pure rationalise la croyance en l'autorité. A quoi Kelsen répond par deux arguments.

1) Une telle croyance n'est absolument pas présente dans la plupart des cas où existe un phénomène juridique. La majorité des comportements conformes au droit sont dictés par la peur des sanctions, la peur du châtimeut de Dieu ou la peur de la réprobation sociale.

Sans attacher trop d'importance à cette idée que Kelsen affaiblit lui-même en consacrant son second argument à discuter de front la notion de croyance qu'il tient dès lors pour importante, on peut faire remarquer que la théorie freudienne établit un lien essentiel entre l'idéalisation de l'autorité (phénomène de croyance, donc) et la peur de celle-ci. Peu importe donc que l'obéissance soit motivée par la sublimation ou la crainte de l'autorité, ces deux sentiments étant ambivalents. Peu important par ailleurs, les formes que revêt cette autorité : Dieu, parents, législateur, pression sociale... Ce qui fonctionne dans chaque cas c'est la reconnaissance, positive ou négative, laudative ou craintive, de l'autorité, la croyance en son pouvoir et la soumission à ses volontés.

2) La rationalisation opérée par la *Théorie pure* n'est pas erronée; elle ne le serait que si la croyance rationalisée était fautive, or elle ne l'est pas. En effet, la croyance à l'autorité qui pose le droit n'est pas une croyance en une réalité qui, en

(147) A. ROSS, Towards a realistic jurisprudence, Copenhague, 1946, pp.77 et sv.

effet, n'existe pas. Elle est une certaine interprétation du sens d'actes réels. Or une telle interprétation ne peut être ni vraie ni fausse; elle ne peut être que bien ou mal fondée; en réalité, elle est bien fondée si, avec la Théorie pure, on suppose une norme fondamentale qui légitime la signification subjective des actes posant le droit comme leur signification objective.

Nous nous garderons bien de réfuter ces explications; elles établissent, en fait, que la rationalisation proposée par Kelsen n'est pas "erronée", ce que nous lui accordons bien volontiers puisque nous avons nous-mêmes reconnu dans la norme fondamentale, la condition de possibilité du préjugé de base de tous les jugements juridiques. Mais, pour le reste, Kelsen accorde lui-même que sa théorie opère rationalisation d'un phénomène de croyance que lui, il est vrai, mais cela ne change rien à l'affaire, rebaptise "interprétation".

On peut pousser plus loin encore l'analyse des textes kelseniens pour y déceler des traces de ce rôle axiologique, si soigneusement refoulé, joué en fait par la norme fondamentale.

Ainsi, dans un texte de jeunesse, écrit en un moment où le maître autrichien ne dominait pas entièrement la problématique de la validité, il laisse entendre que les postulats de base de ses études -ainsi le caractère obligatoire du droit positif, la souveraineté de l'Etat -dérivent d'intuitions indémonstrables qui se justifient par leur utilité. Précisant sa pensée, il écrit : "veut-on agir moralement, alors il importe de faire comme si les normes composant le système moral qu'on a choisi étaient des normes indépendantes et suprêmes.

De même, si l'on veut disposer d'un droit et d'une science du droit autonomes, il faut agir comme si l'ordre juridique était souverain (148). La souveraineté, ou validité objective si l'on préfère, de l'ordre juridique, prend, dans cette présentation, un accent bien particulier. Loin d'être avancée comme une supputation scientifique

(148) H. KELSEN, "Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft" (1916) in Die Wiener rechtstheoretische Schule, op.cit., p.79 (nous soulignons).

elle est justifiée par son utilité pratique : un bon système juridique, comme un bon système moral, doit être, en langage kantien, inconditionné.

Plusieurs années plus tard, dans son célèbre article "Justice et droit naturel", Kelsen revient sur ce point. Il faut, explique-t-il, que le processus de justification normative (qui remonte, on le sait, à la norme fondamentale) connaisse un terme, sans quoi "la question de savoir comment nous devons agir resterait sans réponse possible" (149).

C'est pourquoi on finit par aboutir "à une norme fondamentale qu'on présuppose juste" (150). Certes, dans l'esprit de Kelsen, il y a plusieurs conceptions de la justice qui sont possibles et la Théorie pure, relativiste en ce sens, n'en privilégie aucune. Cette réserve faite, apparaît le véritable rôle de la Grundnorm : valider de façon inconditionnelle les ordres juridiques, quels qu'ils soient, de manière à ce que le droit ainsi légitimé serve de modèle indiscuté à l'action.

Le conditionnel dont se prévalent la Théorie pure en général et la Grundnorm en particulier s'apparente dès lors bien moins à la relativité scientifique qu'à la rentabilité inhérente au jeu ou au pari. Kelsen n'adopte-t-il pas en effet une position très proche de celle de Pascal qui invitait les athées à "parier l'existence de Dieu", lorsque, suspendant la question de savoir si la souveraineté du droit positif (sa validité donc) est ou non une fiction, il engage néanmoins les juristes à faire "comme si" le droit était valide et l'Etat souverain... (151).

Où Kelsen rejoint l'éternelle position des juristes pariant la validité pour ses effets pratiques, position qu'exprime M. Virally en ces termes : "l'ordre juridique établi sur un groupe social demeure la condition nécessaire pour que ce groupe ne se désagrège pas dans le chaos (...). L'ordre juridique est justifié par sa né-

(149) H. KELSEN, "Justice et droit naturel", loc.cit., p.11, nous soulignons.

(150) H. KELSEN, ibidem, p.12.

(151) H. KELSEN, "Die Rechtswissenschaft als Norm...", loc.cit., p.80.

cessité, c'est d'elle qu'il tire sa validité" (152).

Cette position, Kelsen l'a, au fil des années, progressivement rationalisée et il s'est soigneusement employé à en voiler les aspects axiologiques.

Contribue fortement à ce résultat le fait que tout le système d'habilitation qu'il propose et, en définitive, la norme fondamentale elle-même, fonctionnent en dehors de toute intervention visible d'une autorité quelconque. Certes des hommes et des pouvoirs interviennent dans la mise en oeuvre du droit mais ils sont, en quelque sorte, "agis" par une structure formelle qui les encadre et les dépasse, l'ensemble du système reposant d'ailleurs sur une règle supérieure qui n'est "voulue" par personne. Comme l'a judicieusement remarqué R. Capitant, une telle présentation escamote le phénomène d'autorité pourtant inhérent à toute édicition du droit : l'hypothèse de la norme fondamentale "n'a pas d'autre utilité que de permettre l'objectivisme. Etre objectiviste, c'est penser que le droit n'émane pas des individus, c'est penser que le droit émane de lui-même, que le droit règle sa propre création. A cette fin on imagine une norme donnant compétence à la masse sociale, de façon à pouvoir dire que la validité de tout le droit positif repose sur la présence de cette norme fondamentale et non d'un législateur suprême au sommet de l'édifice juridique" (153).

Kelsen aurait ainsi réalisé, sur le plan de la présentation théorique à tout le moins, le souhait de Kant selon lequel "la loi parfaite est celle qui commande par elle-même". Comme l'a montré Max Weber (154), dans de tels systèmes où l'obéissance est rendue à des règles et non à des personnes, s'opère une confusion entre légalité et légitimité. Il suffit de démontrer la légalité d'un ordre ou d'un pouvoir pour s'assurer également leur légitimité.

(152) M. VIRALLY, "Le phénomène juridique", loc.cit., p.59.

(153) R. CAPITANT, L'illicite, t.I, Paris, 1928, p.165.

(154) cité par E. PISIER-KOUCHNER, "L'obéissance et la loi : le droit" in Histoire des idéologies, t.III, Paris, 1978, p.123.

Les habilitations formelles font l'économie des débats axiologiques concernant la légitimité et garantissent celle-ci tout en même temps (155).

Ces présentations ne doivent cependant pas abuser. Ce qui est en jeu dans la problématique de la validité des normes juridiques, assimilée à leur impérativité, c'est, comme nous l'avons montré, la reconnaissance de la légitimité du pouvoir et de la perfection de la règle. Sous une forme logique et dépersonnalisée, c'est exactement la fonction qu'exerce la Grundnorm.

Cette vérité n'a pas échappé à un analyste comme M. Clavreul : "la Grundnorm figure dans le droit positif ce que le "nom du père" pose dans la théorie psychanalytique comme signifiant fondateur" (156). A partir de ce signifiant, de cette figure de la loi, se développe l'ordre symbolique; à partir du mythe fondateur s'articule la logique juridique. Événement primordial que résume, en son énigmatique formalisme, la norme fondamentale et qu'ont su redécouvrir certains commentateurs avisés de Kelsen. Ainsi M. Rigaux pour qui "la théorie de la norme fondamentale de Kelsen est une expression logique et sécularisée du geste archaïque du dieu Shamash remettant au roi Hammurabi les stèles de la loi" (157); ainsi M. Miaille qui qualifie "d'acte de foi ressemblant fort au volontarisme rousseauiste au moment du pacte social" cette nécessité "de poser une norme suprême en fonction de laquelle toutes les autres recevraient leur valeur" (158); ainsi encore M. Miedzianagora qualifiant de "deus ex machina" le devoir de type logique que prétend exprimer

(155) W. LEISNER exprime les avantages d'une telle situation théorique : "après l'enfer du pouvoir arbitraire et le purgatoire du gouvernement contrôlé, l'existence pure de la règle de droit signifie le paradis juridique. En cette troisième Rome du droit, les décisions ne sont plus actes de volonté individuelle mais plutôt émanations d'une volonté générale antérieure qui se combine avec la volonté d'application d'aujourd'hui dans un résultat essentiellement dévolontarisé", "L'état de droit, une contradiction?", in Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann, Paris, 1975, p.66.

(156) J. CLAVREUL, L'ordre médical, Paris, 1978, p.28.

(157) F. RIGAUX, Introduction à la science du droit, op.cit., p.351.

(158) M. MIAILLE, op.cit., p.373.

la Grundnorm (159).

Toutes ces métaphores à caractère théo-logique doivent être prises au sérieux : elles traduisent, en un surcroît de sens qui ne peut advenir qu'en images, la nécessité de penser le fondement mytho-logique de la pensée kelsenienne.

Arrivés ainsi au moment de conclure l'étude de la problématique de la validité juridique, nous dirons que l'examen des diverses conditions de validité en général et de la norme fondamentale en particulier a révélé combien la théorie kelsenienne, animée d'un réel dessein de distanciellement scientifique, succombait aux exigences de la rationalité juridique pratique. La théorie de la validité se mue alors en une doctrine de la perfection de la loi et les conditions de validité se transforment en autant d'idéaux dogmatiques plus ou moins habilement rationalisés qui ont nom : positivité, unité, effectivité, légalité, légitimité. Le résultat de l'exercice n'est pas une meilleure connaissance du droit - nous avons vu que chacune de ces conditions de validité pose plus de problèmes qu'elle n'en résout- mais une plus sûre obéissance à son prescrit. Il ne pouvait en être autrement du moment où Kelsen adoptait pour point de départ la nécessité de fonder la validité juridique objective. Nul doute que Kelsen ait ainsi succombé à cette fascination de l'absolu dont il avait su lui-même si bien dénoncer les ravages dans la pensée juridique classique.

Un ultime indice de cet abandon théorique peut être fourni. Dans d'excellents articles de jeunesse, Kelsen, pourchassant les séquelles de métaphysique à l'oeuvre dans le droit, appelait de ses voeux une science du droit sans substance (et notamment sans Etat) de même que la psychologie avait su se débarrasser de la substance "âme", la physique de la substance "force" etc... (160). Il aurait pu ajouter : de même que la biologie a su se débarrasser de la substance "vie". Or, lorsque plusieurs années plus tard, il expose la spécificité de la notion de validité juridique - que nous tenons précisément pour une de ces "substances" à caractère métaphysique prononcé- Kelsen ne peut s'empêcher d'user de la métaphore de la vie. Expliquant que positivité et effectivité ne peuvent à

(159) J. MIEDZIANAGORA, Philosophies positivistes du droit et droit positif, op.cit., p.189.

(160) H. KELSEN, "Gott und Staat" in Die Wiener rechtstheoretische Schule, op.cit., p.193; "Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse, ibidem, p.213.

elles seules rendre compte du phénomène de la validité, l'auteur de la Théorie pure compare cette validité à la vie : "une condition ne peut pas être identique à ce qui est conditionné par elle. Ainsi les hommes ne vivent qu'à condition d'être nés (de même que la norme n'existe que d'avoir été édictée); mais pour qu'ils demeurent en vie, d'autres conditions encore doivent être remplies, -par exemple, il faut qu'ils reçoivent de la nourriture (de même la norme, une fois édictée, doit être obéie, effective). Si cette condition n'est pas remplie, ils perdent la vie (ineffective, la norme perd sa validité). Mais la vie n'est pas identique ni avec le fait d'être mis au jour, ni avec le fait de recevoir de la nourriture" (Th.P.D., II, p.287).

Témoignage éloquent de l'égarement de la pensée kelsenienne dans les mirages de cet absolu, qui, sous des formes diverses, hante la pensée juridique.

Si, comme le dit G. Canguilhem, "les biologistes n'ont pu expliquer la vie qu'en la dévitalisant" (161), ainsi les juristes ne pourront expliquer la validité qu'en l'invalidant, non pour nier ou oublier le surcroît de sens que cette notion charrie (la croyance en la bonne loi), mais précisément pour mieux l'interroger.

En ce sens, le thème de la validité objective apparaît comme l'obstacle épistémologique majeur qui affecte la Théorie pure du droit. C'est encore Canguilhem qui rappelle que "l'homme doit travailler à se rendre étrangers les objets naïfs de ses questions vitales pour en mériter la science" (162).

Conclusion.

L'incapacité de Kelsen à fournir une théorie réellement scientifique de la validité des normes juridiques est révélatrice. C'est l'échec

(161) G. CANGUILHEM, Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie, Paris, 1977, p. 19; G. BACHELARD notait quant à lui que "le mot vie est un mot magique. C'est un mot valorisé", il donne naissance à un "véritable fétichisme de la vie" constitutif de "l'obstacle animiste" (La formation de l'esprit scientifique, op.cit., pp.149, 154).

(162) G. CANGUILHEM, ibidem.

d'une théorie qui, pour s'être affranchie des garanties transcendantes (Dieu, la vérité, la justice...), n'en a pas moins conservé les fonctions de légitimation, d'idéalisation, de moralisation exercées par ces anciennes substances (163). Ainsi Kelsen, s'il expulse la validité absolue que livrait la référence à des autorités "méta-juridiques", conserve néanmoins "l'interprétation normative objective" qui nous fait tenir le droit pour le bon droit.

Sans doute exprime-t-il ainsi, avec une efficacité sans pareille, les présupposés de la rationalité juridique dogmatique. Mais loin de les tenir pour tels et d'en faire le point de départ d'une investigation explicative, il tient, nous l'avons vu, de tels présupposés pour le résultat ultime d'une construction scientifique que, suprême artifice, il qualifie d'hypothétique et de relative.

La science et la logique viennent ainsi au secours de la dogmatique la plus classique à un moment où la crise ambiante des valeurs et des idéaux compromet la mission légitimatrice séculaire des théoriciens du droit. Cette mission, Kelsen la reprend à son compte et doublement.

En rejetant les références transcendantes dont s'autorisait la pensée juridique, le maître autrichien débarrasse le droit de certains irrationalismes qui auraient pu entraver son bon fonctionnement (ainsi les contradictions des doctrines du droit naturel, les rapports de légitimité entre le droit et l'Etat...). En concluant à l'auto-fondation du droit, il suggère la nécessité et ainsi la neutralité d'un ordre dont la justification, cette fois purement immanente, est définitivement à l'abri de la discussion.

Que cette légitimation immanente engendre à son tour de nouveaux irrationalismes, sans doute plus voilés que les anciens, (ainsi tout le problème soulevé à l'occasion de l'examen des conditions de validité de la norme juridique) et que, de surcroît, elle ne réponde guère à un projet scientifique, cela n'est que de peu d'importance au regard de l'enjeu de l'entreprise : restaurer la

(163) G. BACHELARD, (op.cit., p.75) notait un effet comparable à propos du thème de l'éponge chez Réaumur : "quand il veut effacer l'image, la fonction de l'image subsiste. Autrement dit, il veut bien, en fin de compte, sacrifier l'éponge, mais il veut garder la spongiosité".

nécessité de l'ordre juridique dans les termes de ce XX^e siècle dont Kelsen dit bien, dès l'introduction de la Théorie pure, qu'il a vu s'ébranler ses valeurs les plus sûres.

La Théorie pure participe de cette époque où, comme le dit M. Habermas, la technique et la science tiennent lieu d'idéologie (nous disons : mythologie). Époque qui procède à une désymbolisation systématique, qui affranchit les mentalités des traditions, des valeurs et des croyances (163).

Mais comme on ne saurait renoncer à croire et à faire croire, la désymbolisation s'accompagne d'une axiomatisation unidimensionnelle plus contraignante encore : formelle, logique, sans débat et sans conflit (164). Libérés désormais d'un langage et de références explicites, les flux de croyance se fixent sur les productions sociétaires (économiques, industrielles, médicales, juridiques...) et renforcent ainsi, de manière indiscutable car inavouée, leur justification fonctionnelle purement immanente.

C'est assurément un tel phénomène que, sur le plan du droit, l'oeuvre de Kelsen enregistre et contribue à reproduire.

(164) en ce sens, M. GUILLAUME, Le capital et son double, Paris, 1975, p.25.

(165) en ce sens, G. DELEUZE et F. GUATTARI, L'anti-Oedipe, op.cit., p.292 : "ce qu'il décode d'une main, il l'axiomatise de l'autre".

CONCLUSION

"La pensée inconsciente est l'espace du comme si, le mime de la satisfaction" (1).

Tel est sans doute aussi le mode sur lequel le discours juridique joue son rapport à l'idéal : tout s'y passe en effet "comme si" le droit s'assurait d'emblée l'intelligibilité complète et la validité absolue. Passage à la limite proprement fantasmatique, surinvestissement imaginaire, entraînement du logique par le mythe qui donne la fable en spectacle sur la scène du désir et engage à s'y conformer sur le terrain du réel.

De cette efficace mytho-logique, nous avons décelé les traces dans la pratique juridique et en avons recueilli l'écho dans la théorie du droit. Traversée par une bipolarité récurrente de points de vue qui communient cependant dans une même lecture fondatrice de son objet, cette théorie ne peut qu'échouer à rendre compte de l'effet de mirage qu'exerce l'idéal dans la pensée juridique.

Si cette méconnaissance est explicite dans le débat sur la logique juridique où l'on s'emploie précisément à conjurer l'errance du discours du droit en le réinscrivant tout entier dans le champ rationnel, elle s'exprime par des voies détournées dans la philosophie du droit. Ici, en effet, l'écart entre unité désirée et unité posée est à la fois perçu et recomblé : la normativité juridique ne pourra, dira-t-on, se soutenir que de la nécessaire présupposition de son unité. C'est ce qu'ont expressément énoncé Aristote, Kant et Kelsen. Aristote dispose que le discours humain doit procéder comme si le monde était un tout bien ordonné et non une série rhapsodique, Kant nous dit que les lois doivent être obéies comme si elles émanaient de la volonté unie du peuple; et enfin Kelsen affirme la nécessité, pour le système juridique, de fonctionner comme s'il était inconditionnellement valide.

(1) J. FLORENCE, op. cit., p. 88.

Par là le droit, d'être réinscrit imaginativement dans l'horizon du discours vrai, de l'aletheia, de l'ontos on, réintègre le cercle d'une clôture fondationnelle : la rationalité juridique se condamne à une dérive mythologique.

Sous peine de restaurer lui-même une clôture à laquelle sans doute aucune parole n'échappe jamais tout à fait, notre propre discours, en ce point d'arrivée, ne peut prétendre conclure.

De nouvelles recherches sont nécessaires pour le modaliser et le reconstruire. De multiples perspectives s'ouvrent, en effet, aux trois niveaux où ont porté nos investigations. Ainsi, au plan de la pratique du droit, une réflexion sur certains contenus normatifs de notre système juridique (propriété, institution familiale...) serait, on peut le présumer, révélatrice de la précompréhension qui anime ce dernier. Il en va de même pour celle qui prendrait pour objet les méthodologies propres à certaines disciplines juridiques, tel le droit international privé où la nature des questions semble induire des effets spécifiques. Sur le plan de la théorie du droit aussi, les pistes sont nombreuses : d'autres problématiques que celle de la logique juridique pourraient être analysées (le concept de sujet de droit, le fondement de la représentation, la justification du droit de punir...), tandis que d'autres théoriciens seraient à travailler : citons Epicure dont on sait qu'il est précurseur du positivisme juridique, Spinoza dont la pensée autoréférentielle laisse présumer une féconde lecture en termes de mythologie, ou encore le courant des réalistes scandinaves qui approfondissent et réaménagent le positivisme kelsenien. Sans parler évidemment de la nécessaire continuation de la réflexion en ce qui concerne les instruments conceptuels que nous avons utilisés pour interroger l'efficacité de la dérive mythologique de la rationalité juridique.

Sur un plan plus fondamental encore, le relevé de la dimension imaginaire de la relation à la loi ouvre des perspectives, creuse des interrogations.

Nous savons sans doute que l'ordre normatif ne se déploie qu'investi d'une toute puissance qui en garantit l'incontestable validité et la nécessaire intelligibilité mais nous avons noté par ailleurs que le sujet n'assume sa personnalité et n'accède à l'échange que par identifications successives et intériorisation de la loi. La loi qui assujettit est donc aussi celle qui soutient le sujet en son être et le groupe en sa vie collective.

Ambiguïté du rapport à la loi, espace indéterminé où se constatent les dérives dogmatiques mais où se dessinent aussi des voies de réflexion et d'action. S'il est vain, en effet, de prétendre s'affranchir des puissances de l'imaginaire, il est loisible, en revanche, de dénoncer les blocages auxquels il conduit et de dévoiler ainsi, dans l'acte même de dénonciation, les dimensions lacunaires et contradictoires d'un réel à toujours reconstruire.

T A B L E D E S M A T I E R E S

<u>INTRODUCTION</u>	5
<hr/>	
PREMIERE PARTIE. FONCTION DE JUGER ET RATIONALITE MYTHO-LOGIQUE	
<hr/>	
Annonce de la mytho-logique juridique.	
<hr/>	
PREMIERE PARTIE. L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET L'IMAGE DU JUGE CONFORME	23
(J. LENOBLE)	
<u>INTRODUCTION</u>	25
<u>CHAPITRE I. De la Cour de cassation : de l'unité du juridique au présupposé de l'univocité de son langage</u>	27
Section 1. Du Tribunal de cassation à la Cour de cassation : de la portée des transformations révolutionnaires de l'organisation de la fonction de juger	28
§ 1. Annotations sur la fonction de juger sous l'Ancien Régime	29
§ 2. Fonction de juger et idéal logicien à la Révolution française	36
§ 3. La prétendue coupure post-révolutionnaire	57
Section 2. Modèle unitaire et univocité du langage juridique	67
§ 1. Aménagement des institutions de jugement	67
§ 2. De la responsabilité de l'Etat du fait des actes juridictionnels	75
§ 3. Fonctions de la Cour de cassation et présupposé d'univocité du langage juridique	81
<u>CHAPITRE II. La distinction du fait et du droit et le contrôle de la qualification par la Cour de cassation</u>	91
<hr/>	
DEUXIEME PARTIE. L'INTERPRETATION JUDICIAIRE ET L'IMAGE DU LEGISLATEUR	
<u>RATIONNEL</u>	111
(F. OST)	
<u>INTRODUCTION</u>	113

<u>CHAPITRE I.</u>	<u>Contraintes discursives affectant la problématique de l'interprétation</u>	12
Section 1.	Le texte	12
Section 2.	L'auteur	12
Section 3.	L'interprétation	12
<u>CHAPITRE II.</u>	<u>Contraintes juridiques affectant la problématique de l'interprétation</u>	13
Section 1.	Un modèle quasi-normatif d'interprétation	13
Section 2.	L'action du langage et des valeurs juridiques	14
§ 1.	Application de la loi et langage juridique	14
§ 2.	Application de la loi et valeurs juridiques	16
<u>CHAPITRE III.</u>	<u>Un modèle théorique de l'interprétation judiciaire de la loi</u>	16
Section 1.	Les thèses en présence	16
Section 2.	Un modèle théorique de l'interprétation judiciaire de la loi	18
<u>CHAPITRE IV.</u>	<u>Spécification du modèle théorique retenu : les différents aspects du postulat de rationalité du législateur</u>	19
Introduction		19
Section 1.	Rationalité linguistique	20
§ 1.	Correction dans l'expression	20
§ 2.	Rigueur dans l'ordonnancement des textes et dans la rédaction des intitulés de lois	20
§ 3.	Perinence des déclarations du législateur antérieures au vote de la loi.	20
Section 2.	Rationalité praxéobgique	20
§ 1.	Non-contradiction	20
§ 2.	Respect de la Constitution	21
§ 3.	Adaptation des moyens aux fins et non-redondance	21
§ 4.	Complétude	21
Section 3.	Rationalité épistémologique	21
Section 4.	Rationalité axiologique	21
Section 5.	Abandon du postulat de rationalité du législateur	21

<u>CHAPITRE V. Les fonctions exercées par le postulat de rationalité du législateur</u>	231
Introduction	231
Section 1. Fonction d'argumentation	232
Section 2. Fonction de raréfaction	236
Section 3. Fonction de légitimation	242

VIÈME PARTIE. LOGIQUE JURIDIQUE ET RATIONALITE MYTHO-LOGIQUE
=====

Approche de la mytho-logique juridique

<u>INTRODUCTION</u>	253
-------------------------------	-----

<u>PARTIE I. L'ETAT DE LA PROBLEMATIQUE</u>	257
---	-----

<u>CHAPITRE I. La rationalité juridique comme rationalité logique</u>	259
---	-----

<u>CHAPITRE II. Le débat récurrent concernant la logique juridique</u>	273
--	-----

Introduction	273
Section 1. M. Kalinowski et le courant formaliste	277
Section 2. M. Perelman et le courant non formaliste	290
Section 3. Conceptions marxistes de la logique juridique	303

<u>PARTIE II. TENTATIVE DE DEPASSEMENT. L'EMERGENCE D'UNE CONCEPTION MYTHO-LOGIQUE DE LA RATIONALITE JURIDIQUE</u>	313
--	-----

<u>CHAPITRE I. Position de l'hypothèse mytho-logique</u>	315
--	-----

Section 1. L'hypothèse de M. Legendre	315
Section 2. Illustrations et prolongements dans la littérature juridique	327

<u>CHAPITRE II. Discussion de l'hypothèse mytho-logique</u>	351
---	-----

Section 1. Repérages historiques	351
Section 2. Mytho-logique et imaginaire	369
Section 3. Mytho-logique et idéologie	380

TROISIEME PARTIE . PHILOSOPHIE DU DROIT ET RATIONALITE MYTHO-
=====

LOGIQUE
=====

Analyse de la mytho-logique juridique.

TITRE I. ELEMENTS POUR UNE LECTURE MYTHO-LOGIQUE DE LA PHILO-
SOPHIE DU DROIT. DE L'ÉPISTEMOLOGIE A L'ANTHROPOLOGIE
JURIDIQUE 399

INTRODUCTION 401

CHAPITRE I. Approche épistémologique. Le débat contem-
porain 411

Introduction 411

Section 1. La théorie épistémologique classique . 414

Section 2. Le sens de la rupture bachelardienne . 421

Section 3. L'obstacle épistémologique 427

CHAPITRE II. Approche anthropologique. Signification
analytique de la rationalité du discours
(méta)-juridique 441

Introduction 441

Section 1. Le matériau analytique 443

§ 1. Le stade du miroir et l'identification
spéculaire 447

§ 2. De l'Oedipe à la métaphore paternelle 449

Section 2. Interprétation analytique de la ratio-
nalité du discours (méta)-juridique . 454

TITRE II. ARISTOTE, KANT, KELSEN ET LA RATIONALITE MYTHO-LOGIQUE 471

CHAPITRE I. La théorie aristotélicienne du droit . . . 47

Introduction 47

Section 1. La configuration historique de la
théorie grecque du droit jusqu'à
Aristote : du fondement divin et naturel
au fondement rationnel 47

§ 1. L'émergence du nomos et la recherche
de son fondement 47

§ 2. La crise sophistique et la résurgence
du fondement 49

Section 2. La théorie aristotélicienne du droit: du caractère inachevable du discours juridique au présupposé de sa clôture.	504
§ 1. La référence métaphysique de la théo- rie aristotélicienne du droit	508
§ 2. La théorie aristotélicienne du droit .	531
Conclusion	579
<u>CHAPITRE II. La Doctrine du droit de Kant.</u>	581
Introduction.	581
Section 1. La Doctrine du droit	587
Section 2. Critique et retombées de la Doctrine du droit	601
<u>CHAPITRE III. La Théorie pure du droit de H. Kelsen</u>	615
Introduction.	615
Section 1. Le sens de la critique kelsenienne de la doctrine juridique classique.	621
Section 2. L'épistémologie juridique de Hans Kelsen : exposé et discussion.	633
§ 1. L'idéal d'une science positive	633
§ 2. Une épistémologie juridique.	635
§ 3. Discussion critique de cette épisté- mologie.	646
Section 3. Le problème de la validité des normes juridiques	661
§ 1. Introduction : caractère central et enjeu de la problématique de la va- lidité	661
§ 2. La problématique de la validité des normes juridiques: exposé et discus- sion	667
Conclusion	703
<u>CONCLUSION</u> =====	707