

JACQUES LENOBLE / FRANCOIS OST:

Rationalité juridique et mythes fondateurs

Jean-Jacques ROUSSEAU écrivait, dans le Contrat social: "le législateur ne pouvant employer ni la force, ni le raisonnement, c'est une nécessité qu'il recoure à une autorité d'un autre ordre, qui puisse entraîner sans violence et persuader sans convaincre" (1). Cette autorité d'un autre ordre, d'ordre mythique, c'est la croyance ou l'amour politique; ROUSSEAU ajoutait d'ailleurs: "si vous voulez qu'on obéisse aux lois, faites qu'on les aime."

La contrainte, la rationalité et le mythe, tels sont les éléments composant le juridique que nous avons tenté de rassembler dans l'ouvrage - Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique (2) - dont nous voudrions présenter ici les enseignements majeurs.

Notre observation de départ tient dans le fait que, sous les formes diverses du mandat divin, de la raison naturelle, du contrat social ou du consensus populaire, toujours le droit se prévaut de sa rationalité. Comme si, pour assurer sa légitimité et fonder sa vérité, le discours juridique devait s'ancrer en quelque absolu.

Or ce "comme si" relève directement du registre de l'inconscient: "la pensée inconsciente est l'espace du comme si, le mime de la satisfaction" (3).

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.

Le raisonnement juridique pratique a été étudié sous l'angle de la fonction de juger. Dans un premier temps, on s'est attaché au modèle théorique, au cadre

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Supplementa – Vol. I, Part 1
Contemporary Conceptions of Law – 9th World Congress (Basel 27/8/79 – 1/9/1979)

conceptuel global, qui préside à l'organisation de cette fonction. Ce modèle est apparu polarisé par l'idée d'unité: unité de juridiction, unité du ministère public, unité de la Cour de cassation ... qui renvoient elles-mêmes très explicitement à l'unité du texte juridique, à l'univocité du sens de la loi. L'étude, dans un second moment, de la méthode judiciaire elle-même confirme ces premières analyses: si le juge ne sacrifie plus aux illusions des révolutionnaires qui croyaient pouvoir se passer du terme même de jurisprudence, n'en prévaut pas moins l'idée que, sinon la loi, du moins le système juridique présente suffisamment de clarté, de cohérence et de complétude pour répondre adéquatement à n'importe quel cas d'espèce. Tout se passe "comme si", en définitive, l'ordre juridique pouvait restaurer son intégrité dans n'importe quelle situation. Ainsi s'étend-il indéfiniment, sans pour autant se modifier, selon un processus tautologique: "la loi, c'est la loi". Par la vertu de la tautologie - dont on a pu dire qu'elle était langage du pouvoir - s'opère à la fois un effet de raréfaction (du réel réduit aux catégories légales et de la loi elle-même ramenée aux solutions conformes) et un effet d'expansion (pour éviter la pure et simple identité, on ajoute quelque chose au mot "loi" quand on dit "la loi, c'est la loi": ce supplément est précisément la croyance en l'intelligibilité et la validité de la loi). Réduction du divers à l'unité du légal et inscription du légal dans l'ordre de l'incontesté: ce subterfuge caractérise l'interprétation de la loi par le juge et induit l'image mythique du législateur rationnel.

Le débat théorique concernant la nature - formelle ou non-formelle - de la logique juridique, s'il permet une élucidation plus explicite du fonctionnement de la rationalité juridique, n'en reste pas moins prisonnier de ses termes antinomiques qui masquent l'efficacité réelle des idéaux logiciens. La discursivité juridique est-elle rhétorique ou logique, affaire d'arguments ou de syllogismes? L'un et l'autre, dirons-nous: elle poursuit la cohérence, la transparence, la complétude, mais à titre d'idéal, d'idée régulatrice, de principe heuristique, de fantasme, d'argument donc, et non en vue d'une quelconque performance technique. Contrainte de choisir entre la rhétorique et la logique, la problématique ne peut évidemment intégrer ce phénomène qui devient son impensé, impensé qui, comme tout objet refoulé, la marque à son insu.

C'est une situation théorique du même ordre qui s'observe au plan de la philosophie du droit engagée depuis toujours dans le débat des iuspositivistes et des iusnaturalistes. Il importe, ici aussi, de dépasser le discours apparent de la controverse pour viser les implicites communs qui rapprochent et travaillent les positions en présence. Ce qui, en l'espèce, n'est jamais interrogé - que l'on rapporte la loi à un droit idéal, à une norme positive supérieure ou au phénomène sociologique du pouvoir - c'est la validité incontestable du droit et l'obéissance inconditionnelle qu'on lui doit. Ici aussi se développe l'ordre du "comme si", la figure de la tautologie; on fait "comme si" le droit était valide: "le droit, c'est le droit".

*

Le premier niveau où se dégage le mode de fonctionnement de notre discours juridique est constitué par le cadre institutionnel et l'horizon interprétatif au sein desquels s'exerce la fonction de juger.

L'idée est que la double dimension, institutionnelle et herméneutique, qui caractérise le rapport du juge à la norme traduit une représentation de la fonction de juger en laquelle se repère l'idéal logicien par référence auquel fonctionne notre rationalité juridique.

Afin de cerner cette précompréhension qui guide le développement de la production jurisprudentielle, deux dimensions du cadre institutionnel de notre organisation de la fonction de juger ont été analysées: d'une part la signification du modèle théorique qui est à la base de cette organisation et d'autre part les implications liées au contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'opération centrale de tout jugement à savoir l'opération de qualification.

Le trait dominant du modèle théorique sous-jacent à notre organisation de la fonction de juger peut se définir comme l'inféodation du discours juridique à la symbolique de l'unité centraliste, unité cependant qui n'est affirmée que parce que présupposée: l'unité logique du système juridique, postulat de notre aménagement des institutions de jugement, n'est vécu que sur le mode de la présupposition, sur le mode, dirons-nous, du "comme si".

Tel est en effet ce qui apparaît tout d'abord d'une analyse de la portée des transformations apportées à la Révolution française à l'organisation de la fonction de juger. La lecture dominante qui est faite de ces transformations, si elle s'accorde à relever la volonté révolutionnaire d'inscrire le discours juridique dans une réduction monologique, note tout aussitôt que c'était là idéal chimérique et que les mutations subies par l'ordonnement révolutionnaire traduisent tout au contraire l'émergence des conditions de possibilité d'un pouvoir créateur du juge et d'un discours juridique non clôturé par son inféodation à la symbolique logique.

Il nous est apparu au contraire que le passage de l'Ancien au Nouveau Régime, de même que celui de la période révolutionnaire à la période postrévolutionnaire, n'était point à comprendre en terme de rupture ou de coupure; qu'au delà des mutations se reconnaissait une continuité, celle-là même qui traduit une dérive mythologique de la rationalité juridique: se repère, en effet, de part et d'autre, soit au plan de la fiction, période de l'Ancien Régime et période post-révolutionnaire, soit au plan de la réalité, période révolutionnaire, la croyance en l'unité logique du texte (4), l'organisation institutionnelle de la fonction de juger ne faisant que traduire dans son champ propre cet univers centraliste du texte.

L'analyse de trois dimensions de l'organisation contemporaine de la fonction de juger en Belgique a permis de confirmer cette même hypothèse. En effet, les réaménagements apportés à nos institutions de jugement, que constituent ainsi la création du Conseil d'Etat, ou certaines des réformes proposées par le Commissaire Royal à la réforme judiciaire, de même que le régime d'ir-

responsabilité de l'Etat du fait des actes juridictionnels ou encore la représentation qui se dégage de la fonction dévolue à la Cour de cassation traduisent, sous des formes variées, la même inféodation du discours juridique à l'idéal logicien vécu sur le mode du "comme si" et ses corrélats qui sont le modèle unitaire d'organisation de la fonction de juger et le présupposé d'univocité du langage juridique.

Comme on l'a déjà indiqué, un second niveau de l'organisation de la fonction de juger a été interrogé. Il s'agit ici de dégager la portée de la compétence principale attribuée à la Cour suprême dans son rapport avec l'opération de qualification du juge du fond (5). Il est établi, en droit positif belge, que notre Cour de cassation s'est reconnue compétente chaque fois qu'elle en a eu l'occasion pour contrôler la qualification du juge du fond, moyennant cependant certaines réserves essentiellement liées à la nature de la motivation du juge du fond. Cette plénitude de compétence, la théorie conceptualiste de M. RIGAUX en a judicieusement rendu compte en mettant en lumière le caractère précisément purement conceptuel du contrôle de qualification, cette dernière opération ne pouvant s'identifier en un passage du concret à l'abstrait. Il reste que la portée d'un tel contrôle, méconnue par cette même théorie conceptualiste, ne se laisse saisir que si l'on fait droit aux conséquences de la nature propre de la Cour de cassation sur le contrôle qu'elle exerce: le fait pour la Cour suprême de n'être que le juge de la légalité du jugement aboutit à identifier fictivement situation de fait et notations abstraites du jugement de fait établi par le juge du fond, identification qui aboutit à récuser les conséquences logiques du caractère construit du fait: dans cette identification fictive et la clôture dont elle est porteuse se repère ainsi à nouveau l'idéal logicien vécu sur le mode du comme si en lequel se vit le discours juridique et sa traduction dans l'organisation institutionnelle de la fonction de juger.

L'analyse de l'herméneutique juridique apporte les mêmes enseignements.

Quelques-unes des meilleures et des plus récentes études relatives à l'interprétation de la loi par le juge concluent que cette interprétation vise en définitive à conforter la rationalité du législateur (6). Mais cette conclusion théorique n'est jamais pensée pour elle-même: elle cède devant l'évidence massive des intérêts divergents à l'oeuvre au prétoire, des contrariétés de jurisprudence, voire même des résultats opposés auxquels peut conduire le même argument de rationalité du législateur. A peine entrevue, la thèse de la rationalité du législateur est aussitôt dévalorisée, réduite au statut de fiction argumentative. Notre propos est de renverser cette situation; de montrer que loin de jouer le rôle de paravent d'une argumentation qu'autre chose déterminerait, la figure du législateur rationnel, qui n'est pas tant l'auteur de telle loi ponctuelle que cet "homme artificiel dans l'Etat" dont parlent HOBBS et ROUSSEAU, exprime - au plan véritablement heuristique - l'appréhension monologique ou tautologique du conflit par la jurisprudence. Produisant de "l'Un" dans le discours juridique, cette figure abrite et recueille les interprétations les plus variées qu'inévitablement suscitent intérêts et idéologies; ce faisant, elle leur communique l'essentiel - ce sans quoi elles ne seraient rien - l'autorité et opère la réduction de l'altérité du social à l'identité du juridique.

De cette systématisation du style jurisprudentiel, dont le législateur rationnel constitue en quelque sorte l'idée régulatrice, on peut relever divers facteurs.

Et d'abord des facteurs discursifs: les figure du texte, de l'auteur, de l'interprétation elle-même, loin d'être de simples supports par où transite l'idéalité de la pensée, contribuent de manière décisive à canoniser le sens des textes juridiques. A ces contraintes discursives s'ajoutent bien entendu des contraintes spécifiquement juridiques. Ainsi, l'interdiction du déni de justice, liée à l'obligation de motivation légale oblige le juge à exploiter toutes les ressources d'un système juridique sous - jacent à la loi; de la légitime clôture du système juridique, on passe ainsi aux postulats dogmatiques de cohérence, de complétude, de transparence. Effet intégrateur que vient encore renforcer, d'une part, l'action du langage juridique qui sélectionne et oriente les faits selon ses propres lois de combinaison et de transformation et, d'autre part, la tendance généralisante immanente à la règle de justice qui implique égalité de traitement.

On voit donc que la figure du législateur rationnel est déjà bien engagée, avant même que ne se pose explicitement un problème d'interprétation de la loi. Aussi bien, lorsqu'on élabore un modèle théorique de l'opération d'interprétation on n'hésite pas à faire de la rationalité du système juridique, personnifié par le personnage mythique du législateur, le contenu de la précompréhension du juge, précompréhension qui est ensuite mise en oeuvre par diverses méthodes qui opèrent au plan des trois contextes au sein desquels se déploie la norme juridique: contexte langagier, contexte du système juridique et contexte sociétaire. De cet examen se dégage l'idée que si, dans chaque application de la norme, ces trois contextes interagissent, la pratique interprétative reste essentiellement nomo-centrique, et cela contrairement à ce qu'affirment les théories contemporaines-fonctionnalistes et consensualistes de l'interprétation. Cette conclusion devrait évidemment être revue si notre jurisprudence en revenait à un style plus charismatique ou, au contraire, adoptait à l'avenir un fonctionnement plus scientifique, pour reprendre les modèles de Max WEBER.

On en vient alors à s'interroger sur les fonctions exercées par le postulat de rationalité du législateur.

Fonction de raréfaction d'abord: l'harmonisation du système juridique qu'induit l'image régulatrice du législateur rationnel entraîne certes progrès mais il s'agit d'un progrès intégré ou endogène.

Fonction d'argumentation, ensuite: le législateur rationnel constitue l'argument ultime du débat judiciaire, argument d'autorité qui valide la construction du sens des textes proposée par le juge.

Fonction de légitimation enfin, s'exerçant au plan plus général de la dogmatique juridique.

Il est significatif que si d'autres disciplines sociales - l'économie politique ou l'histoire, par exemple - supposent également la rationalité des agents qu'elles visent, elles en font l'objet d'une simple hypothèse que l'expérience peut infirmer; en droit, par contre, la présomption de rationalité du législateur est irréfragable.

A mi-chemin entre la directive et l'hypothèse, le législateur rationnel est le postulat de base de la dogmatique juridique, qui est elle-même une forme de savoir à mi-chemin entre la doctrine et la science.

On peut dire alors en conclusion que, dans cette dogmatique, le postulat qui affirme - "le législateur est rationnel" - joue, pour la problématique de l'intelligibilité des textes juridiques, un rôle comparable à celui qu'exerce, pour la problématique de la validité de ces normes, la norme fondamentale de KELSEN qui affirme "le droit est obligatoire".

Au terme de ce premier périple qui nous a permis de mettre en lumière l'inscription de la rationalité juridique dans l'ordre imaginaire d'une représentation logicienne et ce tant à travers la structure institutionnelle de notre ordre judiciaire qu'à travers le modèle herméneutique qui guide le dire jurisprudentiel, il importe d'aller plus avant et d'interroger le statut théorique du rapport droitlogique.

A cette fin, dans un premier temps, nous avons dégagé la structuration du champ théorique relatif à cette question, de même que les implicites qui lui sont liés, pour, dans une seconde étape, proposer une nouvelle hypothèse de lecture qui fasse droit à ce qui nous paraît avoir été manqué par les théories classiques.

I. L'état de la problématique

Sans rentrer ici dans une analyse de cette problématique, nous pouvons cependant relever que deux traits semblent la caractériser: d'une part, elle est l'occasion d'un débat récurrent entre les courants formaliste et antiformaliste; d'autre part, par delà leur opposition, ces deux positions communient dans des présupposés communs qui traduisent une lecture instrumentaliste du rôle de la logique dans le droit.

Le courant formaliste, comme sa dénomination l'indique, met en avant la fécondité des instruments d'analyse formelle, que sont la logique formelle et la sémiotique, pour rendre compte de la discursivité juridique.

Si les tenants de ce courant tentent de pousser toujours plus loin les limites au-delà desquelles l'analyse formelle ne rendrait plus compte des raisonnements juridiques, ils reconnaissent cependant généralement, faisant droit ainsi aux arguments des antiformalistes, que la logique ne constitue point l'unique principe du juridique.

Si nombre d'auteurs en restent à ce constat d'un dualisme, se contentant de développer leurs analyses formelles et laissant donc ouvert, comme le dit expressément KLUG, le champ des rapports entre le logique et le téléologique, d'autres au contraire vont tenter de dépasser ce dualisme et, par là, de rendre compte des rapports droit-logique. Or ce qu'il importe de constater c'est que ces tentatives de dépassement visent à réinscrire dans le champ rationnel, garant de l'unité logique, le domaine décisionnel ainsi affranchi des contraintes de la logique formelle et soumis au jeu des déterminations axiologiques. C'est en effet ce que nous avons essayé de montrer à propos des théories de MM. KALINOWSKI et d'HOROVITZ pour lesquels la rationalité du droit s'infère de la référence du juridique soit, pour KALINOWSKI, à une loi naturelle pensée sur le modèle thomiste soit, pour HOROVITZ, à une réalité mathématisable par le biais d'un traitement statistique (7).

Le courant formaliste, pour ne point faire droit à l'ordre du "comme si" sur lequel se développe le rapport du droit à la logique, c'est-à-dire à la nature pré-supposée des idéaux logiciens dont on a vu la prégnance dans la rationalité juridique, aboutit, soit à ne point résoudre la question du rapport du droit à la logique pour se contenter de décrire les mécanismes formels qui pour partie structurent la discursivité juridique, hypothèse certes non criticable mais non explicative et élisive de la dimension imaginaire qui marque le rapport à la logique et donc des effets de clôture et de blocage qui lui sont liés, soit à inscrire cette discursivité juridique dans l'ordre d'une rationalité a priori, hypothèse qui amène à instrumentaliser la logique, dans la mesure où la décision juridique et les options qu'elle implique sont alors référées à une instance fondatrice.

Les mêmes pré-supposés sont également à l'oeuvre dans la position antiformaliste que nous avons essentiellement analysée à travers la thèse défendue par M. PERELMAN.

L'Idee est ici de relativiser la part de la logique formelle dans le droit pour dégager la structure logique prudentielle qui définit l'essentiel du raisonnement juridique, à savoir le choix des prémisses du syllogisme judiciaire.

C'est à l'effet de déployer le champ de cette autre logique que M. PERELMAN a développé sa théorie de l'argumentation inspirée de la redécouverte de la dialectique et de la rhétorique aristotéliennes (8).

L'important est de relever que la lecture ainsi proposée de la rationalité juridique, outre qu'elle relève judicieusement le caractère argumentatif du débat judiciaire, assure en définitive la possibilité pour le juge de s'affranchir de la logique formelle, celle-ci étant de ce fait à nouveau conçue sur un mode instrumental. La systématité juridique, loin d'être présentée comme clôturante et raréfiant, est posée comme liée à un débat qui, par l'usage des techniques discursives qui le constituent, assure souplesse et adaptation.

Ainsi le débat sur la logique juridique et la bipolarité qui le caractérise aboutissent à une présentation du rapport du droit à la logique qui, pour instrumentaliser

le rôle de la logique formelle et réinscrire le droit dans le jeu d'une détermination rationnelle, nous paraît manquer le mode proprement imaginaire sur lequel se joue la référence logicienne du discours juridique et, de ce fait, l'efficacité réelle du "comme si" qui le traverse.

Remarquons enfin que la lecture marxiste du problème de la logique juridique, sauf sans doute celle de POULANTZAS dont la pensée est cependant restée à l'état embryonnaire sur ce point, si elle a su, dans un premier temps acter judicieusement le jeu de la symbolique formaliste dans le droit, aboutit cependant elle aussi à en refouler les effets et à reproduire les termes du débat classique entre les formalistes et les antiformalistes (9).

II. Tentative de dépassement: l'émergence d'une conception mythologique de la rationalité juridique

C'est le concept d'idéal logicien qui nous permettra de penser à la fois la logique juridique et le débat dont elle fait l'objet: il y a impératifs de transparence, de cohérence, de complétude, d'auto-contrôle du discours, mais ces impératifs fonctionnent bien plus au plan heuristique, comme désir ou fantasme, qu'au plan du contrôle a posteriori de la correction technique du discours. Ainsi articulons-nous explicitement notre thèse centrale: la logique a quelque chose à voir avec le mythe; l'uniformisation du discours qu'elle produit est d'ordre fantasmatique.

Avec Pierre LEGENDRE (10), nous pouvons alors repérer la triple modification qu'induit ce phénomène dans le discours juridique: le législateur se fait Pontife, les textes deviennent le Texte, les juristes se font Docteurs. Par la vertu de l'imaginaire, les législateurs successifs se font Pontife, auteur unique, intemporel et sacré qui communique la plus-value aux textes juridiques. Ceux-ci à leur tour, épars et successifs, se rassemblent en un objet clos, le Texte, qui se traite more geometrico et efface l'origine historique des fragments. Texte qui fait les questions et les réponses, assigne à chacun son rôle, absorbe les contradictions les plus fortes - Texte qui recueille tous les sens que lui confèrent ses interprètes, foyer de validation qui authentifie le travail des juristes pour autant qu'ils entrent dans cette économie textuelle imaginaire. Ces juristes qui connaissent le mode d'accès au Texte sont Docteurs, fongibles dans leur commune identification au Pontife dont ils empruntent une part de sa puissance; comme le signalait déjà Celsius: "Connaître les lois, ce n'est pas tant en tenir les paroles, qu'en restituer la force et la puissance."

Ces thèses, qui éclairent nos premières analyses, nous avons voulu les soumettre à toute une série d'épreuves aux fins d'en confirmer la fécondité.

Et d'abord une enquête historique. Trois moments nous servent de points de repère: la pratique des canonistes du Moyen-Age, qui ont su concilier droit romain et écriture sainte, légitimant l'un par l'autre; la pensée révolutionnaire française qui substitua l'absolutisme d'Etat à l'absolutisme royal et le

culte de la loi au culte de la personne; enfin le mouvement d'idées anti-légaliste qu'expriment assez bien les ouvrages de François GENY, dont nous nous attachons à montrer comment il restaure, en définitive, un centralisme textuel (11).

Nous proposons ensuite une seconde confrontation théorique en rapprochant notre thèse de la mytho-logique du concept d'imaginaire d'abord, d'idéologie ensuite.

Le concept d'imaginaire - tel que RICOEUR et CASTORIADIS l'élaborent aujourd'hui (12), permet de penser la constitution symbolique du lien social. Ce qui nous intéresse, c'est que pour faire lien social, l'imaginaire initial a toujours tendance à s'autonomiser et se clôturer: le réservoir initial de significations pleines qui constitue les groupes (le mythe donc) se reploie sur soi en un discours qui doit toujours être manié avec cohérence (une logique donc) comme si l'esprit absolu présidait à la naissance de chaque institution.

Ces notations sur l'imaginaire nous permettent d'entamer le débat avec le concept d'idéologie - confrontation nécessaire pour bien distinguer nos hypothèses des analyses, désormais classiques, du discours juridique menées en terme de critique des idéologies.

C'est que le concept marxiste d'idéologie ne laisse pas d'être ambigu: si, dans un premier temps, MARX désigne correctement l'effet imaginaire qui fait l'idéologie, il finit cependant par en attribuer la genèse et la reproduction à des déterminations matérielles. Contre cette idée, il faut faire valoir que l'idéologie n'est pas reflet renversé du monde réel pour la raison que le réel est toujours déjà investi d'imaginaire.

Et s'il est vrai que les sociétés historiques sont des sociétés de domination, cette domination ne s'exerce que dans la mouvance de l'imaginaire qui fait lien social.

Croire que l'imaginaire est un épiphénomène qui obscurcit une contradiction réelle, c'est faire déchoir la symbolique de la loi et du pouvoir au plan empirique, c'est la convertir en simples produits sociaux - en courant le risque de penser - risque combien confirmé par l'histoire - qu'il suffirait de changer la situation matérielle pour s'affranchir de ses puissances.

Il faut donc réfléchir l'imaginaire de la loi pour lui-même: le déplacement de la réflexion au plan plus central de la philosophie du droit en est l'occasion.

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, mais elle est à définir par l'idéal logicien qui traduit l'inscription du discours juridique dans l'ordre de la croyance et du désir.

C'est cette hypothèse du caractère mytho-logique de la rationalité juridique, seulement mise en place au stade présent, qu'il faut maintenant mieux approfondir. Pour ce faire, il importe de travailler à un troisième niveau du discours juridique, à savoir celui de la philosophie occidentale du droit.

Le rôle privilégié ainsi octroyé à la philosophie du droit se justifie par la double circonstance:

1. Qu'il y a homologie structurale entre les deux premiers niveaux du discours juridique et la philosophie du droit: en effet de part et d'autre se repère, comme nous le verrons, l'imaginaire logicien en lequel se dissout la parole du juriste pour n'être plus que répétition d'un déjà dit.
2. Que la philosophie du droit, par le raffinement même de son explication, facilite la mise en lumière de ce que traduit et produit la référence mythologique qui ainsi la définit à l'instar de la pratique juridique.

Deux étapes sont à distinguer: dans un premier temps, il s'agit de définir le matériau théorique à l'aide duquel cerner la nature et l'efficacité de la lecture mythologique du discours juridique véhiculée par la philosophie du droit; ensuite, dans une seconde étape, il s'agit de repérer cette dimension récurrente de la philosophie du droit.

I. Éléments pour une lecture mythologique de la philosophie du droit. Épistémologie et psychanalyse.

Le premier instrument critique est trouvé dans l'épistémologie. L'idée est ici, sur base des acquis de la théorie contemporaine de la science, de montrer en quoi une certaine structure interne de la philosophie du droit, celle que nous visons par le versant logique du couple mythologique, à savoir sa clôture, sa référence fondationnelle, son inféodation à l'imaginaire logicien, est liée à une conception dogmatique du savoir et, par là, en produit les effets propres.

Trois points peuvent résumer la démarche suivie.

L'image traditionnellement reçue du travail scientifique reproduit un schéma en trois temps qui accrédite l'idée de la science comme tableau du monde et du savant comme lecteur du grand livre de l'Univers. La démarche scientifique y est en effet présentée comme impliquant successivement 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.

Sans rentrer plus avant ici dans l'analyse de ce modèle épistémologique, remarquons cependant qu'il aboutit à une conception juridico-religieuse du monde qui se traduit notamment tant par l'ambiguïté sémantique dont est affecté le terme "loi" que par l'idée d'un réel chargé d'une normativité intrinsèque et celle, corrélatrice, d'un foyer de sens transcendant, origine de cette normativité (13).

A cette conception classique s'est substituée progressivement une lecture différente de la démarche scientifique, proposée notamment par BACHELARD,

LADRIERE et POPPER.

Suivant celle-ci, la science est définie comme activité plutôt que comme savoir, comme production plutôt que comme contemplation, comme dialectique plutôt que comme lecture. La recherche est conçue comme aménageant le réel plutôt que comme le reproduisant; la théorie est analysée non comme mise en forme d'observations déjà faites mais comme cadre interprétatif couvrant présomptivement l'ensemble du domaine envisagé; cette conception enfin amène la reconnaissance du fait que la science ne se développe qu'à mesure de sa nécessaire reconstruction permanente.

A ce stade apparaît pour nous l'intérêt de ces réflexions épistémologiques. Il trouve à s'exprimer dans le concept bachelardien d'"obstacle épistémologique" (14). L'idée est qu'aux différents stades du développement du savoir apparaissent fréquemment des facteurs de résistance, des blocages qui empêchent précisément l'opération de reconstruction permanente qui seule produit la fécondité de la science. Or parmi les conditions de production des obstacles épistémologiques, BACHELARD repère précisément le rôle dominant exercé par les théories classiques de la connaissance et ce à raison de la structure spéculaire qui les définit, la relation de connaissance y étant présentée comme système clos où sujet et objet se réfléchissent. Dénonciation de la philosophie classique qui, opérée sur le plan épistémologique, rejoint la mise en cause opérée, sur le plan ontologique, par HEIDEGGER, des effets de blocage liés à la structure fondationnelle de la métaphysique occidentale.

La philosophie du droit dont nous tenterons précisément de repérer la structure fondationnelle récurrente, d'ainsi inscrire le droit dans un espace théorique qui en garantit la systématité et la cohérence, engendrera des obstacles dans le fonctionnement du discours juridique, amènera celui-ci à se produire comme discours auto-reproducteur, évinçant du réel qu'il construit le caractère contradictoire qui commanderait sa propre reconstruction.

Suivant la suggestion de BACHELARD à chercher les sources profondes de la clôture des discours - ici la philosophie du droit - du côté du dispositif pulsionnel des individus, nous avons ensuite orienté nos recherches dans le sens de la psychanalyse qui constitue ainsi notre second instrument critique. Non pas la psychanalyse comme discours clinique, mais comme annonce de "l'autre scène", celle de l'inconscient, où se joue notre rapport à la vérité et à la loi.

Devenir sujet - et la psychanalyse nous apprend que cette tâche est infinie, - nous n'en avons jamais terminé avec notre image spéculaire et notre Oedipe - c'est s'assumer comme sujet de désir, voué au manque et à la finitude, sujet parlant par métaphore puisqu'aussi bien nous n'atteignons jamais la complétude que nous visons.

Pointer ce fait, c'est mettre à jour l'irréductibilité de la faille qui nous constitue, la fragilité de nos assurances logiciennes et l'illusoire toute puissance des pouvoirs auxquels nous nous assujettissons. Une bonne partie du discours conscient - sans parler de ses formes pathologiques - s'emploie à refouler cette

situation. Par censure, sublimation, transfert ou identification s'observent des procédures de réassurance du sujet dans l'ordre plein de l'imaginaire. L'institution et les discours institués trouvent là leur terrain d'élection: ils n'auront de cesse que de combler cette brèche angoissante en ravivant les mirages de la toute puissance: "la loi est raison libre de désir" dit ARISTOTE (15); le législateur est un "homme extraordinaire dans l'Etat qui voit toutes les passions des hommes et n'en éprouve aucune", ajoute ROUSSEAU (16).

Tout se passe "comme si" le droit était rationnel et valide.

FREUD ouvre ici la voie: la philosophie, qui prétend élaborer un tableau cohérent et sans lacune de l'univers, répondant ainsi à nos questions vitales par les ressources de la croyance plus que de la raison (17), fonctionne comme discours de vérité, brise la valence métaphorique des signifiants.

Au point de rencontre opère le texte juridique qui, 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.

L'imaginaire du philosophe garantit ainsi la consistance idéale du corps social: volonté générale, Volksgeist, ligne de masse. C'est dans cet imaginaire que plonge la dogmatique juridique qui s'entend alors à ramener le conflit sous les catégories de la loi, restaurant le règne du droit là où pointent la disparité du social, l'aléa de l'historique, la contradiction de l'individuel.

Sans doute cette réassurance mythologique n'opère-t-elle pas toujours et partout avec la même intensité et selon les mêmes modalités: on connaît même de notables exceptions. Mieux, les trois auteurs que nous avons étudiés, ARISTOTE, KANT et Kelsen, ont, chacun à leur manière, c'est en cela qu'ils nous interpellent encore, dénoncé l'économie mythologique qui travaillait la théorie du droit de leur époque; mais, par ailleurs, 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.

ARISTOTE et Kelsen - et KANT comme figure de transition - ont été choisis parce que leur influence est notable aujourd'hui encore et parce que leur pensée structure bien le champ de la théorie du droit, partagée entre iusnaturalisme et iuspositivisme, - notre propos ne visant pas tant d'ailleurs à exacerber les différences que de pointer les implicites théoriques communs qui les rapprochent.

II. ARISTOTE, KANT, Kelsen et la rationalité mythologique

La double problématique de l'intelligibilité et de la validité de la normativité juridique paraît d'emblée recevoir de la lecture qu'en donne ARISTOTE des spécifications qui rendent cette lecture extérieure à l'horizon mythologique.

Nul mieux que le Stagirite n'a théorisé la rationalité juridique comme irréductible à la rationalité mathématique et à la clôture symbolique dont celle-ci est porteuse. Bien plus, l'horizon anthropologique de l'éthique aristotélicienne atteste, comme l'ont bien remarqué les Pères GAUTHIER et JOLIF, célèbres commentateurs de l'*Ethique à Nicomaque*, qu'ARISTOTE apparaît comme le point d'aboutissement d'une longue histoire au cours de laquelle l'idée de Justice n'a cessé de se laïciser. Le Stagirite apparaît ainsi d'emblée comme actualisant la rupture d'avec l'horizon mythologique que signifiait ce double mouvement constitutif de la pensée grecque, à savoir d'une part la naissance de la philosophie, à entendre comme substitution à une parole incantatoire ancrée dans le mystère de la fatalité divine d'une parole rationnelle et, d'autre part, l'avènement du règne de la loi, du nomos signifiant avènement d'un mode de régulation social à l'aspect laïc et démocratique marqué. Alors que cette double mutation paraissait créer les conditions de possibilité d'une lecture non mythologique du phénomène juridique, la pensée grecque de la loi des 6^e et 5^e siècles avant J-C, s'emploiera cependant à restaurer ce qui risquait de se perdre, une instance ultime de fondation pour l'ordre du nomos, et, ainsi, à réinscrire celui-ci dans la référence à un ordre cosmique pensé comme nécessaire et progressivement mathématisable. La composante logique dont se nourrissait cette pensée fondationnelle repointait vers l'ordre du mythe dont elle prétendait s'abstraire. C'est cependant avec ce cadre qu'entend rompre ARISTOTE. 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 du droit qui s'affranchit des références divines et unitaires qui déterminaient les lectures fondationnelles et les clôtures opérées tant par les présocratiques que par PLATON. 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. Une ambivalence fondamentale, en effet, spécifie les trois traits distinctifs de l'approche aristotélicienne du discours juridique, à savoir les rapports droit-phronésis, droit-épikéia et droit-phusis.

Cette ambivalence ne se laisse apercevoir que si on réfère sa philosophie du droit à sa métaphysique. Tout en refusant la solution théologique du problème ontologique, 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 plutôt, comme le dit expressément ARISTOTE, de faire "comme si" le vide pouvait être comblé. Transposant cette ontologisation de la fiction dans le cadre de sa théorie du droit, qui culmine dans son texte remarquablement aporétique sur le rapport droit-phusis (18), ARISTOTE retrouvera la voie mythologique: 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 présumée qu'ordonne le désir du divin.

Ainsi la lecture aristotélicienne du droit, au terme d'une des analyses les plus pénétrantes peut-être qui ait jamais été proposée de la rationalité juridique, réarticule subtilement l'horizon de vérité qui assure dans la théorie le socle fondateur qui toujours alimente la croyance qui garantit l'assujettissement à la loi.

Nos deux derniers développements sont consacrés à KANT et à KELSEN.

Avec l'avènement de la modernité, le droit ne peut plus s'autoriser directement de garants méta-sociaux. Alors qu'une économie marchande, puis industrielle, s'installe en Europe, s'observe une transformation en profondeur des systèmes de représentation et bientôt des rapports sociaux. L'homme et la société prennent conscience de leur caractère auto-instituant: le pouvoir apparaît nu dans le Prince de MACHIAVEL et le Léviathan de HOBBS. Si la pensée juridique s'attachera néanmoins à renouer le grand voile de la légitimité, ce sera de manière médiate cette fois.

C'est dans cette optique que nous avons étudié la Doctrine du droit de KANT - on aurait pu tout aussi bien lire le Contrat social de ROUSSEAU - qui réalisent l'un et l'autre une synthèse originale de la volonté générale et de la religion civile.

Mais le rêve kantien "d'une loi qui commande par elle-même" (19), c'est en définitive la Théorie pure du droit de KELSEN qui en réalisera la formulation un siècle et demi plus tard. C'est avec KELSEN que s'opère l'assimilation complète de la légalité et de la légitimité.

KELSEN, qui a dénoncé les reliquats de religiosité et de métaphysique à l'oeuvre dans les théories du droit qui le précèdent, entreprend d'élaborer une épistémologie juridique "pure", enfin débarrassée des autorités métajuridiques traditionnelles.

Tout comme les sciences naturelles rendent les faits naturels - faits de SEIN - intelligibles par la catégorie a priori de causalité, KELSEN s'attache à rendre compte des faits de SOLLEN, des normes, par la catégorie a priori d'imputation. Mais si, chez KANT, le dualisme du Sein et du Sollen reste un dualisme méthodologique, il devient ontologique chez KELSEN. Tant et si bien qu'il finit par rejeter toute explication causale du phénomène juridique: la science du droit sera normative ou ne sera pas (20).

Contre ce dualisme et les refoulements qu'il entraîne, nous faisons valoir que

cette reconstruction exclusivement normativiste dénature l'objet étudié et présente les plus grands risques de fétichisation ou de substantialisation de la normativité elle-même, comme si la norme pouvait expliquer - autrement que de façon tautologique - la normativité du droit.

C'est ce risque que nous voyons se confirmer dans la problématique kelsénienne de la validité des normes juridiques. A la question du fondement de la validité des normes - cette qualité s'ajoutant à la contrainte pour garantir l'impérativité des normes - question lourde d'enjeu axiologique (elle implique le problème de la légitimité et entraîne l'obéissance au droit; VIRALLY l'appelle très justement "quête de la pierre philosophale" (21) parce qu'elle vise une qualité magique qui, à l'instar de la transformation du métal en or, transformerait la contrainte en légitimité) - KELSEN prétendra répondre de manière à la fois logicienne, immanente et hypothétique.

Nous nous attacherons quant à nous à déjouer cette prétention. L'étude des diverses conditions de validité des normes juridiques nous conduit à affirmer que KELSEN, qui n'a pas su choisir entre le criticisme et le pragmatisme, non content d'avaliser les postulats dogmatiques classiques tels que ceux d'effectivité ou de cohérence du système juridique, réalise de surcroît une validation méta-positive du droit par la norme fondamentale.

Loin d'être une hypothèse scientifique, une supposition, la norme fondamentale exprime une présupposition, ce qui est très différent; elle est la version logicienne ou rationalisée du préjugé de base de la pensée juridique selon lequel le droit est valable et donc obligatoire.

Cette assimilation de la validité et du devoir d'obéissance à laquelle KELSEN, enfermé dans son normativisme, n'a pas su renoncer, exprime à son tour l'attachement de la Théorie pure du droit à la dogmatique classique.

Pour n'avoir pas invalidé la validité juridique, pour en faire l'objet d'une interrogation scientifique, KELSEN succombe à l'obstacle épistémologique le plus massif de la pensée juridique: la croyance en la validité, qui pourrait se comparer à l'obstacle vitaliste dans les sciences naturelles, croyance en la vie dont BACHELARD a si bien montré les retombées fétichistes.

Sans doute KELSEN renonce-t-il aux garants méta-sociaux, mais comme il ne renonce pas aux fonctions de garantie et de validation qu'ils exercent, il concentre dans le droit lui-même tout le potentiel de légitimité et les flux de croyance qui l'accompagnent.

*

Nous dirons en conclusion que 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, comme l'enseignait déjà Sisyphe.

Footnotes

- 1) J. J. ROUSSEAU: Du contrat social. Ou principes du droit politique, Paris 1972, p. 110.
- 2) Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1980, 590 p.
- 3) J. FLORENCE: L'identification dans la théorie freudienne, Bruxelles 1978, p. 88.
- 4) Abbé SIEYES: Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la police en France, Paris 1790, p. 53.
- 5) Sur ceci voy. J. LENOBLE: Le contrôle de la qualification par la Cour de cassation et la clôture du discours juridique, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1980-5, pp. 139-160.
- 6) Cf., entre autres, N. BOBBIO: Le bon législateur, in: Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de philosophie du droit, 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; Z. ZIEMBINSKI: La notion de rationalité du législateur, in: Formes de rationalité en droit, Archives de philosophie du droit, 1978, pp. 175-187.
- 7) Cf., entre autres, G. KALINOWSKI: Introduction à la logique juridique, Paris 1965; J. HOROVITZ: Law and logic, Wien - New York 1972.
- 8) Cf., entre autres, C. PERELMAN: Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris 1976.
- 9) Cf., par exemple, M. MIAILLE: Une introduction critique en droit, Paris 1976, pp. 201-226.

- 10) P. LEGENDRE: L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique, Paris 1974; du même: Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote, Paris 1976.
- 11) F. GENY: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique, 2e éd., Paris 1954.
- 12) Cf., entre autres, P. RICOEUR: L'imagination dans le savoir et dans l'action, in: *Savoir, faire, espérer. Les limites de la raison*, t. I, Bruxelles 1976, pp. 207 et sv.; C. CASTORIADIS: L'institution imaginaire de la société, Paris 1975; du même: La découverte de l'imagination, in: *Libre*, Paris 1978, n° 3, pp. 151 et sv.
- 13) Sur ce dernier point, cf. L. ALTHUSSER et E. BALIBAR: *Lire le capital*, t. I, Paris 1975, p. 13.
- 14) Sur ce concept, cf. G. BACHELARD: *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris 1938, 8e éd., 1972.
- 15) ARISTOTE: *Politique*, III, 16, 32.
- 16) J.J. ROUSSEAU: *Du contrat social. Ou principes du droit politique*, op.cit., p. 107.
- 17) S. FREUD: D'une conception de l'univers, in: *Nouvelles conférences sur la psychanalyse*, Paris 1975, pp. 208 et sv.
- 18) ARISTOTE: *Ethique à Nicomaque*, V, 10, 1134 b 18 - 1135 a 4.
- 19) E. KANT: *Métaphysique des mœurs. Première partie, Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris 1971, p. 223.
- 20) H. KELSEN: *Théorie pure du droit*, trad. 2e éd. par ch. Eisemann, Paris 1962, p. 95.
- 21) M. VIRALLY: *La pensée juridique*, Paris 1960, p. XXXIV.