LENOBLE, Jacques et OST, François (1980), Droit, mythe, raison - essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 1042 p.

droit, mythe et raison

essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique

Jacques Lenoble et François Ost

Publications
des Facultés universitaires Saint-Louis
Bruxelles

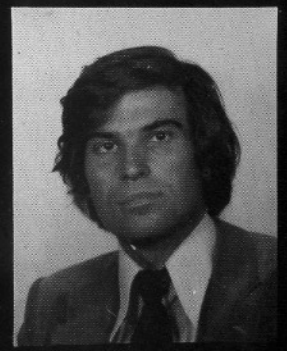
Droit



Né à Bruxelles, en 1950, Jacques Lenoble est docteur en droit de l'Université catholique de Louvain.

Aspirant au F.N.R.S. de 1974 à 1977, il est nommé, en 1977, premier assistant auprès des unités de philosophie et de droit civil de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain.

Il s'est spécialisé en philosophie du droit et est l'auteur de plusieurs études dans ce domaine.



François Ost est né à Bruxelles en 1952.

Ancien étudiant des Facultés universitaires Saint-Louis, il est docteur en droit, licencié en droit économique et licencié en philosophie.

Chargé de cours aux Facultés, depuis 1980, il y donne des cours de sources et principes du droit et de droit naturel.

Il assure le secrétariat scientifique de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* et participe à diverses recherches interdisciplinaires ayant le droit pour objet.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

© 1980 - Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles
ISBN 2-8028-0016-7

Préface

Voici un livre magistral. Ses auteurs, sous la présidence du doyen Godding, en soutinrent, avec la mention la plus haute, les conclusions, devant une assemblée nombreuse, passionnée et en majorité acquise à leurs propos.

Magistral, il l'est aussi puisqu'il révèle la maîtrise de ses auteurs dans une discipline (une interdiscipline ?) — la philosophie du droit — aux frontières mal définies, traversée de courants divers et nombreux et qui exigent des lectures nombreuses et variées et une réflexion approfondie.

On y trouvera, admirablement bien campées, les philosophies principales (Aristote, Kant, Kelsen, Perelman...) en des termes que leurs auteurs respectifs ne pourraient que louer et faisant percevoir des aspects nouveaux qu'il ne sera pas possible d'ignorer dans les travaux à venir. On s'émerveille de l'étendue et de la profondeur d'une « précompréhension » qu'envieront des auteurs chevronnés.

En ces quelques lignes, j'aurais beaucoup de peine à résumer les thèses de nos auteurs. Il suffira de souligner cette caractéristique, à leurs yeux récurrente, du discours juridique dans la tradition occidentale-continentale, d'être « clôturée », c'est-à-dire d'être limitée par des croyances, des mythes qui les fondent ou, pour employer le langage de nos auteurs, par une mytho-logique, qu'ils décèlent aussi bien dans l'œuvre juridictionnelle, dans la problématique de la logique dite juridique et au niveau de la philosophie du droit.

Leur implicite, selon moi, est que la vérité du droit comme celle des individus, gît dans l'inconscient, dans le refoulé. C'est au dévoilement de la structure de celui-ci que convergent leurs efforts. Au niveau de l'œuvre juridictionnelle, ils dégagent le mythe d'un « législateur rationnel » que l'étude de la problématique de la logique juridique précisera — à la suite de P. Legendre et de Castoriadis —

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis

en termes de « Seigneur imaginaire qui se tient derrière la loi, suprême garant de sa validité et de son application », fantasme qui présente, selon eux, des analogies avec certaines névroses dégagées par Lacan (l'identification spéculaire notamment, responsable de la paranoïa) ou illustrées dans les « romans historiques » de Freud, notamment celui qu'il a construit à partir de la théorie des trois états de Fraser. Le discours juridique apparaît comme ancré en sol sacré, clôturé « 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... le législateur Pontife... ».

Au lecteur à prendre position. Se rangera-t-il aux côtés de nos auteurs dans cette critique passionnée, armée des concepts d'une science promue, me semble-t-il, au rang de discipline maîtresse ?

Malgré toute la sympathie que je porte à cette entreprise et à ses auteurs, qu'il me soit permis de décliner leur offre et aussi d'en exposer rapidement quelques raisons parmi d'autres. Le praticien du droit que je suis éprouve des difficultés à se reconnaître dans ce juriste braqué sur le Texte, alors que son rôle est avant tout de résoudre des conflits, de les prévenir, notamment en relativisant les textes, c'est-à-dire en les reliant à un contexte, à une situation conflictuelle, à des valeurs elles-mêmes relatives. Il m'est difficile de projeter à leur suite, à titre de métaphore, sur une classe de citoyens, des névroses nécessairement individuelles analogues à la paranoïa résultant d'une mauvaise résorption du complexe d'Œdipe, d'identification spéculaire... Mais comment ne pas souligner qu'une telle doctrine fait abstraction des individus, victimes pitoyables de forces obscures incontrôlées et incontrôlables ? Les romantiques croyaient faire de la poésie en projetant leurs états d'âmes dans certaines natures privilégiées : le lac, les rochers, la lune. Le profane que je suis éprouve une impression analogue à la lecture de certaines utilisations des concepts de la psychanalyse : complexe d'Œdipe, castration, phallus...

A quoi bon dénoncer les « mythes anciens » si on le fait à l'aide de mythes nouveaux ? L'entreprise de nos auteurs ne saurait échapper aux critiques adressées aux théories qui leur servent d'appui et notamment aussi à cette ambiguïté essentielle — dont d'ailleurs les

dernières pages de leur ouvrage montrent qu'ils ne sont pas dupes — au sujet de la « loi », à la fois admise comme nécessaire, puisqu'elle permet la sublimation, et critiquée, puisqu'elle produit l'aliénation. Mais on peut faire confiance à nos auteurs; leur immense talent et leur très grande humilité sont le gage de leurs succès présents et à venir.

Léon RAUCENT,
Professeur ordinaire
à l'Université catholique de Louvain.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Introduction

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

« 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. RICŒUR
(*Le conflit des interprétations*, p. 364.)

Les rapports qu'entretiennent le droit, le mythe et la raison font l'objet d'une des questions les plus récurrentes et les plus complexes de la pensée juridique; leur étude déborde le cadre d'un seul ouvrage. Aussi bien, la problématique que nous nous proposons d'aborder est-elle d'emblée spécifiée dans le sous-titre de notre travail : « Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique ».

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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'œuvre 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 systématicité, 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 XVI^{e} siècle. Même au sein de cette séquence historique notre champ d'étude se limite, pour l'essentiel, aux XIX^{e} et XX^{e} siècles.

II. La thèse soutenue par notre étude est que la précompréhension 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 mytho-logique* ».

Pour faire bref, nous dirons que la rationalité juridique nous paraît logicienne et fantasmatique, productrice d'un discours cohérent et clôturé, non pas du fait de quelque performance technique

(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 les rationalités juridiques alternatives (cf. *Domination ou partage ? Développement endogène et transfert des connaissances*, Paris, Unesco, à paraître avant fin 1980).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

mais en raison 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* » mytho-logique ? 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).

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.

---

(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 « religion 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.)

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 mytho-logique, 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 *mythologique*. 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 vise 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 mytho-

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

logique, 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 mythe-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 deuxième 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 ravaler 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 œuvre scientifique alors qu'elle affabule. L'accent est ainsi mis sur la prétention ou la conscience fausse : 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 illusoires rationalisations conditionnées par un ordre de réalité dont elles ne peuvent rendre compte.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Par rapport au premier sens de mythologique, cette deuxième acception est plus raffinée : elle implique un travail critique, interne aux théories discutées; cependant elle ne se détache pas entièrement de l'implicite qui travaille le premier sens, à savoir 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 mythe-logique.

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. Ricœur proposée en exergue de ce travail.

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 communie 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

(3) Cf. J. BOUVERESSE 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).

des classifications acquises qui scandent la pensée juridique : logique formelle ou non formelle, philosophie iuspositiviste ou iusnaturaliste. Il dégage 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 mytho-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 (premier sens), puis en termes d'inhérence provisoire qui se résoud par le triomphe du rationnel (deuxième sens), 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 fantasmatiques.

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

La première — *Fonction de juger et rationalité mytho-logique* — 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 œuvre (titre II). Cette étude fait apparaître qu'à l'organisation unitaire,

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 mytho-logique* — poursuit l'étude de cette problématique, sur 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 mythique et du logique qu'éclairent certains premiers enseignements de la théorie freudienne, que confirme l'histoire de la pensée juridique et que renforce la confrontation du thème mytho-logique aux concepts d'imaginaire et d'idéologie (titre II).

La thèse de la dérive mytho-logique 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 mytho-logique* — 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 mytho-logique 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 mytho-logique; 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 œuvre dans la pratique juridique, qui

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

est à la fois le plus répandu et celui qui traduit le fonctionnement le plus diffus et implicite du thème mytho-logique; 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 mytho-logique, en livre une meilleure traduction tout en 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 mytho-logique : 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 mytho-logique, 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 du présent ouvrage 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 œuvre 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 logi-

que 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. Ricœur 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 mythologique dont l'action magnétisante nous a paru polariser le champ du discours juridique.

IV. La méthode mise en œuvre 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 reployer 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'un telle recherche interdisciplinaire appliquée au phénomène juridique, cf. l'éditorial du premier numéro (1978, 1) de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 œuvre 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.

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

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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 œuvres. 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, Raucent, 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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 œuvres. 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, Raucent, 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 ».

Première partie

Fonction de juger et rationalité mytho-logique

Annonce de la mytho-logique juridique

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

TITRE I

L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET L'IMAGE DU JUGE CONFORME

Introduction

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

L'objet ainsi fixé fait apparaître les liens étroits qui le lient à celui du titre suivant, à savoir : 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 sur lequel se profilent les techniques propres à l'herméneutique juridique, mais bien plutôt le cadre institutionnel dans 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 mytho-logique de la rationalité juridique.

L'organisation judiciaire ne sera point, évidemment, analysée ici dans l'ensemble de ses dimensions. C'est le modèle théorique, le cadre conceptuel qui préside à cette organisation qui est interrogé; à chaque étape du raisonnement, nous prendrons la Cour de cassation comme objet d'étude privilégié.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Le professeur Ladrière 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. deuxième partie, chapitre II), est relative à la nécessité et à la possibilité affirmées par de nombreux auteurs, mais dénoncées, semble-t-il, définitivement, notamment par M. 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 et unité finale vise adéquatement le cadre de fonctionnement de notre discours juridique. Ce cadre, en effet, à différents niveaux 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 interroger. Comme on l'a déjà signalé, notre propos ne se prétend point exhaustif. Seuls quelques traits marquants de notre organisation institutionnelle seront mis en exergue. Parmi ceux-ci, le plus expressif est, d'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

(1) J. LADRIERE, *L'articulation du sens*, *op. cit.*, p. 162.

nous la prenions pour base principale des réflexions qui suivent. Dans un premier chapitre, 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 un second chapitre, 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Chapitre I

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 de pure érudition. 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 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. Cambier, « nos institutions de jugement se meuvent encore » (1).

Généralement, l'œuvre 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 le juge se serait révélée inadéquate à rendre compte de sa fonction. 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 muta-

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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

tions 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 préside à l'organisation de la fonction de juger en 1789 n'apparaît pas ainsi entachée de l'illusion 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 XIX[e] siècle une assise de plus en plus affirmée.

Section 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 Godding (2). Deux périodes, constate

(2) 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 XVIII[e] siècle* in *La motivation des décisions de Justice*, Travaux du Centre National de Recherche de logique, Bruxelles, 1978, p. 37 et sv.; cf. aussi J. P. DAWSON, *The oracles of the law*, Ann Harbor, The University of Michigan Law School, 1968, passim; ASTUTI, *Mos italicus et mos gallicus nei dialoghi. « De iuris Interpretibus » di Alberico Gentili*, Bologna, 1937; M. BOULET-SAUTEL, *Equité, justice et droit chez les glossateurs du XII[e] siècle* in *Recueil de Mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, II, 1951, pp. 1 et sv.; J. P. A. COOPMANS, *Vrijheid en gebondheid van de rechter vóór de codificatie*, Deventer, 1970; H. KANTOROWICZ, *Studies in the glossators of the roman law*, Cambridge, 1938; P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, Munich-Berlin, 1953; N. HORN; *Aequitas in den Lehren des Baldus*, Cologne, 1968; E. M. MEIJERS, *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs* in *Revue d'histoire du droit*, XVII, 1941, pp. 117 et sv.; M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto*, Milan, 1969; P. STEIN, *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966; W. ULLMAN, *The medieval idea of law*, Londres, 1946.

l'auteur, sont à distinguer : la période médiévale et celle des Temps Modernes. La première est marquée, dès la fin du XI[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 XII[e] siècle au XIV[e] siècle, celle de l'Ecole des Glossateurs, érigera en principe premier celui de la légalité : « les rapports sociaux ne peuvent être définis qu'à partir de normes en vigueur » (3). Comme le signale M. Godding, « le postulat de base est que celles-ci peuvent toutes être découvertes, du moins quant aux principes mis en œuvre, 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 » (4). Si le principe de l'équité permet de modaliser l'interprétation du juge, c'est cependant moyennant une distinction 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... » (5). Cette soumission de l'interprète à l'*aequitas scripta* explique la faveur d'une méthode d'interprétation 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 ration-

(3) P. GODDING, *L'interprétation de la « loi » dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays-Bas méridionaux*, *loc. cit.*, p. 445.
(4) *Ibidem*, pp. 445-446.
(5) *Ibidem*, pp. 447-448.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

nelle tendant à un but déterminé; ils doivent donc être interprétés de telle manière qu'ils ne paraissent pas avoir été utilisés sans raison... » (6).

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 XIVe au XVIe 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 contre 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 de son auteur, l'autorité des docteurs de la loi. Comme le signale M. 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 » (7). 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 (8). 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 avec les principes du droit savant médiéval : c'est au contraire la persistance de celui-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. Godding (9). Au reste, le courant de l'humanisme juri-

(6) *Ibidem*, p. 449.
(7) *Ibidem*, p. 457.
(8) Cf. sur ceci P. GODDING, *Jurisprudence et motivation des sentences du Moyen-Age à la fin du XVIIIe siècle*, *loc. cit.*, pp. 42-43, et la bibliographie citée.
(9) 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*

dique inauguré en France avec la publication en 1508 des *Annotationes in Pandectas* de G. Budé ne fait que restaurer sous une autre forme l'horizon logicien mis en place par la scolastique médiévale. M. J. H. Franklin (10) a bien montré en effet que le discrédit apporté par les « philologues » à la méthode scolastique dans le traitement 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 qui rejette l'exégèse casuistique au profit d'une interprétation méthodique ou systématique (11), 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 pensée. On ne peut ainsi qu'être prudent à l'égard des affirmations de M. 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 (12). Si l'auteur concède que dès le XVIIe 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 raisonne-

lacunes en droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne in *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, p. 220), l'accroissement dès le XVIe siècle de la production normative écrite.
(10) J. H. FRANKLIN, *Jean Bodin and the sixteenth century revolution in the methodology of law and history*, New York-London, 1963, passim. Voyez aussi sur cette question, L. P. FINETI, *Storia della ricerca della interpolazioni nel Corpus Iuris Giustineaneo*, Milan, 1953; N. W. GILBERT, *Renaissance concepts of method*, New York, 1960; P. O. KRISTELLER, *Renaissance Thought*, New York, 1961; F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1953.
(11) J. H. FRANKLIN, *op. cit.*, p. 28.
(12) J. L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965, p. 20.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

ment 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 XVI[e] siècle, dans une lecture rationaliste et universaliste du phénomène juridique qui impose les idéaux logiciens d'un droit naturel conçu comme ensemble de principes définis de manière immuable et universelle par la Raison. M. Hufteau (13) le relève d'ailleurs incidemment mais sans en tirer les conséquences lorsqu'il constate, reprenant là l'enseignement du professeur Villey, que la définition donnée du droit naturel et conséquemment de l'équité par Connan, le systématiste bien connu du XVII[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 Troisième partie, titre II).

S'il importe ainsi de relever la dimension systématique 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. Cambier met l'accent pour définir ce par rapport à quoi ont entendu réagir les maîtres d'œuvre révolutionnaires de l'organisation judiciaire contemporaine. Elles tiennent, note cet auteur, tant aux attributs et à la fonction de la justice qu'aux principes d'organisation de cette dernière. Le droit, en raison de son caractère coutumier, 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 » (14). 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

(13) *Ibidem*, p. 18.
(14) C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 30.

organisés (15). 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. C'est précisément, d'ailleurs, contre les conditions de réalisation 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 donc complexe. Les quelques remarques qui précèdent, sans avoir la prétention d'être exhaustives, permettent à tout le moins de saisir la double dimension qui semble la caractériser : animé par un idéal systématique 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 systématique 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 certain jeu jurisprudentiel, en soi non contradictoire avec un fonctionnement systématique 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 que tendait cependant l'idéal porté par les mouvements théoriques propres à la science juridique

(15) *Ibidem*, pp. 43 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

qui s'était développée avec la découverte de la codification justinienne (16). C'est dans ce cadre et sur cette base, nous semble-t-il, que peut être qualifiée l'œuvre du législateur révolutionnaire.

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

S'il est une question sur laquelle l'ensemble de la doctrine 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 constitutive d'une illusion qui serait rapidement désavouée. Réservant pour le paragraphe suivant l'analyse de cette idée de désaveu, attachons-nous 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 l'organisation institutionnelle nouvelle de l'opération de jugement : au niveau des conditions de production normative et à celui du cadre institutionnel au sens strict.

§ 1. Conditions de production normative

Une expression, développée par la doctrine allemande de la fin du XIX^e^ siècle à propos du problème 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 »* (17).

Le projet est en effet 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. Vanderlinden (18), 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 normatif de présenter les caractères ci-avant énoncés (19). 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 codi-

(16) 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 œuvre, 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 XVI^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.

(17) Cf. 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.; cf. aussi pour un commentaire français conemporain 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.

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

(19) 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).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

fiée » (20). 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 mytho-logique 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 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'article 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 » » (21). 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'œuvre et le produit de la raison » (22).

L'esprit qui préside ainsi aux modifications apportées à la production normative au regard de laquelle le juge est appelé à trancher

(20) F. GENY, *op. cit.*, p. 70.
(21) *Ibidem*, p. 71, note 2.
(22) 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.

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 hypothético-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 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 » (23). 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, œuvre 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 » (24). 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

(23) MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. VI, chap. III, p. 73 et liv. XI, chap. VI, p. 144 (éd. Garnier).
(24) C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, 1947, p. 39.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Robespierre à l'occasion de la discussion du projet de loi portant création d'un Tribunal de cassation. 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 » (25); de même Robespierre considère : « Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acceptation qu'il avait sous l'Ancien Régime, ne signifie plus rien dans le Nouveau; il doit être effacé de notre langue. Dans un Etat, 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 » (26). Enfin, une dernière manifestation théorique, liée aux précédentes, de ces modifications des conditions de production normative est la présentation syllogistique de l'acte juridictionnel. Si l'on en croit Garat L'Ainé (27), 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 » (28). Bien que ferme opposant des conceptions 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 de Port-Royal » comme il le dit lui-même (29).

(25) *Archives parlementaires*, 1re série, t. XX, p. 517, à la date du 18 novembre 1790.

(26) *Archives parlementaires*, 1re série, t. XX, p. 516, à la date du 18 novembre 1790.

(27) *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

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

(29) 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, ler apport 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 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. 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).

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

§ 2. 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 législatif et la mise en place 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'œuvre du juge dans

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » (30). 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 » (31). 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 relation 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 (32) tout au moins, par le constituant belge en 1830 (33). L'intérêt, pour nous, est simplement de constater que le système de droit public ainsi mis en place traduit une autonomisation de la fonction de juger

(30) C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, *op. cit.*, pp. 81-82.
(31) *Ibidem*, p. 55.
(32) 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.
(33) Cf. 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.

au terme de laquelle le juge, non seulement, comme le dit le professeur Cambier, « n'a d'autre maître que la loi » (34), mais aussi, par là même, voit son opération 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 » (35).

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 (36), le législateur révolutionnaire a la volonté de modifier fondamentalement l'organisation judiciaire. Thouret parle de « la nécessité (incontestable) de la régénération absolue » (37) et Duport d'« une régénération complète dans l'administration de la justice » (38). 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 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 s'enchevêtrent diverses institutions de jugement à compétence propre (39), 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'ap-

(34) C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, *op. cit.*, p. 45.
(35) C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 373.
(36) Cf. sur ceci R. AUBIN, *L'organisation judiciaire d'après les cahiers de 1789*, thèse, Paris, 1928, passim.
(37) 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 1970, pp. 7-8.
(38) DUPORT, *op. cit.*, p. 2.
(39) Cf. sur ceci notamment C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, *op. cit.*, p. 66.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

pel (40); enfin au niveau du « Grand Tout National » (41) correspondra la Cour de cassation (42). 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 en 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 du Gouvernement... avec la rapidité du fluide électrique » (43). De la même manière que l'image du Texte unique bride les interprétations divergentes de la norme, ainsi aussi l'aménagement institutionnel centralisé et pyramidal tend à conjurer tout dysfonctionnement du système. Comme l'indique très justement M. Cambier, l'étagement des juridictions, hormis qu'il est condition d'exercice du droit qu'on reconnaît au justiciable à deux degrés de juridiction, est là « pour assurer la police et le contrôle de l'ensemble » (44).

(40) 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'article 1 du titre V de la loi précitée : « les juges de district seront juges d'appel les uns à l'égard des autres ... ».

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

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

(43) CHAPTAL, *Rapport au Corps législatif*, le 28 pluviôse an VIII, *Archives parlementaires*, IIe série, I, p. 230

(44) 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, cf. 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, cf. R. WARLOMONT, *Les idées modernes de Joseph II sur l'organisation judiciaire dans les Pays-Bas autrichiens*, *Revue d'histoire du droit*, 1959, t. XXVII, pp. 269-289).

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 droit de l'Ancien Régime (45), 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 tirer toutes les conséquences nées d'une réduction des sources du

(45 Le professeur 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. GILISSEN note qu'un tel recours en interprétation existe dès le XIVe siècle (*op. cit.*, p. 229). Dans le même sens, M. 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 dans la législation princière, en constante augmentation dès le XVIe 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 pendants 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 rédigera l'article 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*, 1re 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; cf. aussi sur le rapprochement à faire entre la conception des révolutionnaires et celles d'autres codificateurs comme Justinien et le pape Pie IV, F. GENY, *op. cit.*, t. I, p. 83.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 abstraites (les anciens arrêts de règlement) et n'engageant point de ce fait, l'interprétation d'un texte, qualifié d'obscur, à l'occasion de la solution à donner à un litige particulier. Tel était d'ailleurs le sens prôné par Fréteau et Garat L'Ainé (46). Tout en maintenant la rédaction ambiguë du texte, c'est cependant une interprétation extensive qui fut défendue par les auteurs de l'époque, tel Merlin (47). Une telle lecture des pouvoirs du juge ne pouvait cependant qu'engendrer des difficultés liées aux qualifications 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 la clôture logicienne de la jurisprudence, 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 (48), « 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. Le même idéal logicien de réduction de la jurisprudence à l'unité qui avait présidé à la mise en place du mécanisme du référé législatif militait en effet en faveur de l'instauration d'un Tribunal de cassation. Sieyes, se faisant 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 « dissemblance de

(46) Sur ceci cf. *Archives parlementaires*, 5 juillet 1790, t. XVI, 1re série, pp. 704 et sv.
(47) Sur ceci, cf. J. L. HUFTEAU. *op. cit.*, p. 36.
(48) *Archives parlementaires*, 24 mai 1970, t. XV, 1re série, p. 665 (cité par J. L. HUFTEAU, *op. cit.*, p. 40).

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 » (49).

Si le principe d'une telle juridiction n'était point discuté, des controverses existaient quant à ses modalités d'existence. Ainsi la question se posait de savoir si un tel tribunal devait être ambulant 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 » (50). S'en déduit, dit-il, la nécessité d'une fixité de lieu pour le Tribunal de cassation dont le caractère ambulant 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 » (51). 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 » (52). 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,

(49) Abbé SIEYES, *Aperçu d'une nouvelle organisation de la Justice et de la Police en France*, Paris, 1790, p. 53.
(50) *Opinion de M. MERLIN sur la nécessité de rendre le Tribunal de cassation sédentaire*, Paris, 1790, p. 5.
(51) *Ibidem*, p. 6.
(52) *Ibidem*, pp. 7-8.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

par la loi des 27 novembre-1er décembre 1790, elle en règle les attributions et l'organisaiton. 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 exclusive est de 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, le constituant révolutionnaire innove. Ce n'est pas que la fonction de cassation était antérieurement inconnue. Comme la technique du référé législatif, le droit d'Ancien Régime connaissait l'exercice d'un contrôle de légalité sur les décisions de justice. Ses modalités et sa fonction ne permettent point cependant de l'identifier au contrôle de légalité mis en place en 1790 (53). 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 (54).

(53) Comme le dit A. P. Calamandrei, au terme, nous paraît-il, du meilleur travail sur la question : « ... Come conclusione generale di tutto la 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 traccie delle sue origini fuori dalla Francia non trovano alcun fondamento nelle realtà storica. La nascita della cassazione moderna risale alla Rivoluzione » (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).

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 : l'article 21 de la loi des 27 novembre-1er décembre 1790 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'article 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 irréfragable de l'obscurité de la loi », entraînant par là même l'application de l'article 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 termes de rupture. Avec ce double référé se trouve ainsi mis en place un système qui, joint aux caractéristiques déjà analysées de l'organisation judiciaire de 1790, traduit d'évidence

(54) Deux traits surtout sont mis en évidence par l'auteur :

1. « La storia del diritto non ci offre nessun essempio 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 essempio 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 dirritto » (*ibidem*, p. 767).

Sur la fonction de cassation au XVIIIe siècle, cf. la très intéressante étude de R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la cassation au XVIIIe siècle*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1969 (47), pp. 244-290.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

les modifications apportées aux conditions de production normative en vigueur sous l'Ancien Régime.

Il importe, avant d'analyser les transformations dont l'œuvre du législateur révolutionnaire sera affectée, de dégager l'esprit — idéal logicien d'unité — qui préside à l'organisation de la fonction de juger mise en place à la révolution.

Traditionnellement, les rapports Ancien-Nouveau Régime, sur le plan qui nous occupe, sont qualifiés d'antinomiques : la nouvelle organisation de la fonction de juger signifierait rupture, coupure par rapport à l'ancienne, et les auteurs de prendre 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 réalisation d'un gouvernement des juges). Si des facteurs de continuité sont reconnus, c'est pour mieux faire ressortir la différence de système. Ainsi M. 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 règlement » (55).

On peut se demander cependant si ces remarques ne doivent pas être nuancées dans les conclusions qu'on en déduit. Ainsi, le procédé qui consiste à reprendre au plan de l'analyse théorique ce qui est expressément avancé par les acteurs du comportement dont il faut rendre compte fait problème : 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 il a 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 point

(55) Y. L. HUFTEAU, *op.cit.*, p. 44.

l'ensemble de celles qui caractérisent le fonctionnement du discours juridique. Les quelques notations consacrées à ce 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 présentait une double dimension : le discours juridique était animé d'un idéal systémique et logicien né des canons interprétatifs hérités des traditions romano-canoniste et rationaliste-humaniste, en même temps qu'il fonctionnait dans un cadre institutionnel tendant à ne point engendrer les conditions de réalisation de cet idéal. A ce seul plan, tant les conditions de production normative que l'aménagement des institutions de jugement laissaient place à un pouvoir des juges qualifié de créateur. Ce n'est pas à dire pour autant que la jurisprudence ait réellement exploité les aires d'autonomie qui lui étaient ainsi ménagées; polarisé par la référence éminente du droit romain et des principes rationnels du droit naturel, le dire jurisprudentiel est considérablement raréfié.

Cette considération doit entraîner une réévaluation de l'appréciation traditionnelle de l'œuvre du législateur révolutionnaire en termes de rupture avec le passé : il y a sans doute, à partir de 1789, aménagement institutionnel nouveau qui tend à proscrire l'idée même d'une libre interprétation. Mais ce mode d'organisation nouveau ne fait que durcir une tendance latente de l'idéal logicien qui, dès l'Ancien Régime, vise à contenir le juge dans les limites du Texte. Plus que rupture il y a donc permanence modalisée. Alors que, avant 1789 (et d'ailleurs aussi après 1804), le juge fait « comme si » le système juridique était cohérent, complet et univoque — on maintient donc un certain jeu inhérent à la fiction — en revanche, le législateur révolutionnaire gomme cet écart et impose le silence au juge par le biais du référé législatif et du Tribunal de cassation. Les mutations révolutionnaires ont donc cette double portée de 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 rendre compte de l'opération de jugement à l'aide des *seules* données de la logique formelle. 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 celle du Tribunal suprême.

Un historien du droit, M. 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 » (56). Dans le même ordre d'idées il relève encore 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 » (57).

Section 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.

(56) P. LEGENDRE, *La royauté du droit administratif ..., loc. cit.*, p. 698.
(57) *Ibidem*, p. 701; dans le même sens cf. 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.

L'histoire des transformations subies par le système révolutionnaire trouve à s'exprimer, comme le signale très justement F. Gény (58), dans les deux institutions créées en 1790 : le référé législatif général de l'article 12 de la loi des 16-24 août 1790 et le Tribunal de cassation, soumis au référé législatif particulier réglé par l'article 21 de la loi des 27 novembre-1er décembre 1790.

Sans décrire ici la pratique à laquelle conduisit l'institution du référé législatif général (59) 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'article 12 de la loi des 16 et 24 août 1790 que le Tribunal suprême fait prévaloir une interprétation de ce même article 12 qui en supprime les effets contraires. Ce mouvement jurisprudentiel est amorcé par une décision du 15 floréal an IV (60) aux termes 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'article 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 trouvait ainsi remise en lumière l'ambiguïté relevée de l'article 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 cet article 12 « n'est rela-

(58) F. GENY, *op. cit.*, p. 85.
(59) 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).
(60) *Journal de la Justice civile, militaire et criminelle*, t. I, p. 328.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

tive qu'à des questions générales et indéterminées, et ne peut être étendue aux affaires particulières dont les tribunaux sont saisis » (61). 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'obscure 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 (62) (63). Cette abrogation jurisprudentielle trouvera, enfin, dans les articles 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'elle était établie par le législateur révolutionnaire. Une seconde allait bientôt apparaître, confirmant la même tendance et produisant 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 (64), supprimée, semble-t-il, par la loi du 27 ventôse an VIII (65), restaurée par la loi du 16 septembre 1807, la procédure du référé législatif fut supprimée, moyennant réserve, par la loi du 30 juillet 1828 (66) 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 (67). 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 décison 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. 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 fait problème.

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 » (68). Dans le même ordre d'idées, cet auteur parle des « illusions révolutionnaires... désavouées par la suite » (69). M. Cambier signale la fin des « chimères » (70) ou de l'« utopie » (71). MM. Hufteau et Belaid, dans leurs ouvrages cités, y voient la marque d'une restauration et d'une reconnaissance nécessaire du pouvoir créateur de droit des organes de jugement. Et l'on pourrait multiplier les références.

(61) *Bulletin civil*, an VII, p. 484.
(62) La différence est de degré et non de nature.
(63) L'expression est de M. Hufteau (*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 ».
(64) L'article 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'en 1825*, t. I, IIe partie, p. 1404.
(65) L'article 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, IIe 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.
(66) 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.
(67) 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 cf. 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).
(68) F. GENY, *op. cit.*, p. 95.
(69) *Ibidem*, p. 74.
(70) C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, *op. cit.*, p. 39.
(71) C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 27.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 l'appréciation 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, l'analyse du fonctionnement du discours judiciaire repose uniquement sur le critère de la séparation des pouvoirs. De ce que le judiciaire retrouve progressivement une autonomie institutionnelle quant à l'interprétation de la loi, la doctrine conclut généralement que le juge s'affranchit de la clôture du texte (72). 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 marge d'initiative 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 s'en fait. 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 imprimaient 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 (cf. infra, 1re 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

(72) Cf. notamment Y. L. HUFTEAU; 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 équivaudrait à un affranchissement de « la tutelle législative » (*op. cit.*, pp. 90 et 103).

dominer le travail d'interprétation. D'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 juges n'étaient même pas des hommes » (73).

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'automaticité de l'opération de juger et son corrélat, le double référé législatif. L'illusion, qui apparaît comme illusion, renaît cependant dans l'ordre opératoire de la fiction, celui du « comme si » : l'inévitable reconnaissance de 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 » (74). A l'unité ancienne se superpose une unité de type structural, entraînant mobilité et mutabilité au sein du système mais aussi réduction des possibilités d'innovation en fonction même de la logique d'ensemble.

Au niveau du cadre institutionnel, se repère aussi une continuité, affectée de réserves, entre les périodes révolutionnaire et post-révolutionnaire. 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 simultanément à la réinsertion du travail de déchiffrement du sens sous le sceau de l'unité, en l'espèce l'unité institution-

(73) P. A. FENET, *op. cit.*, t. VI, Paris, 1827, p. 359.
(74) Y. L. HUFTEAU, *op. cit.*, p. 2.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

nelle. 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 respect de la croyance en l'unicité de sens. L'extension des pouvoirs de la Cour de cassation, réalisée essentiellement par l'abrogation du référé législatif général, a permis 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 systématique, 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. Hufteau 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 » (75). 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.

Ainsi 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 puéril. 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

(75) *Ibidem*, p. 140.

se vit sur le mode du « comme si ». 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 dont on s'accorde à reconnaître qu'elle conditionne encore maintenant les rapports du juge au législateur, il apparaît 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. 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 qui se réalise 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 mis en œuvre au plan du système global. La symbolique de l'unité centraliste est là qui fonctionne... 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 symbolique dans notre organisation contemporaine de la fonction de juger que nous voudrions maintenant montrer.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Chapitre II

Modèle unitaire et univocité du langage juridique

Notre propos est de repérer dans l'organisation contemporaine de la fonction de juger les traces de l'idéal logicien qui caractérise notre discours juridique. De ce point de vue, trois dimensions nous ont paru significatives, sans pour autant en épuiser 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.

Section 1. Aménagement des institutions de jugement

La mise en forme rationnelle des institutions de jugement était, on l'a vu, une caractéristique de l'œuvre 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 (1), la restauration du principe d'une justice retenue au profit

(1) L'article 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 ten-

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

de la puissance gouvernementale 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 (2). Les deux autres modalités par contre eurent une importance plus grande.

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 Cambier, « l'attribution à un seul ordre d'institutions de la connaissance de tous les conflits de droit n'est réalisée nulle part » (3). 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 incontournée. 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 » (4).

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...

drait 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 cœur 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).

(2) 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.

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

(4) *Ibidem*, p. 14.

paraît si indispensable que l'on s'efforce de la maintenir malgré le développement des juridictions spécialisées 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 » (5).

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 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 réalisée au sein du régime administratif, cette tentative présente des difficultés en régime judiciaire (6).

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 » (7), il 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 admi-

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

(6) Ainsi M. 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 difficillement 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).

(7) Cf. pour une synthèse très claire, J. C. ESCARRAS, *op. cit.*, pp. 241-243.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

nistrative, à une plus grande cohésion nationale » (8). 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 » (9). 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 reprend en effet 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 » (10). Si ainsi la fonction reconnue 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

(8) *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.

(9) *Ibidem,* (Chambre des Représentants, séance du 7 avril 1938), p. 458. Le Procureur général Hayoit 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).

(10) *Ibidem,* (Sénat, séance du 4 juillet 1939), p. 522; cf. 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 Hayoit de Termicourt, *op. cit.*, p. 33.

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 » (11). Ce qui est expressément mis en cause, c'est, ainsi que l'exprime un sénateur en reprenant une citation de M. Thonissen (12), le « manque d'ensemble et d'unité de la législation, (le fait) que tout n'y est que désordre et confusion » (13). 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 » (14). Réapparaît ainsi sous une autre forme l'idéal logicien, les légistes traduisant ici à travers leur fonction, comme le dit judicieusement M. Legendre, « un pouvoir, l'un des plus traditionnels qui soient dans notre univers centraliste, celui-là même des logiciens » (15).

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'ex-

(11) *Ibidem,* (Chambre, séance du 20 octobre 1937), p. 390.

(12) 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 réglementer, 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).

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

(14) *Ibidem,* p 11.

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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

ception. Si l'on se limite à l'ordre juridique belge on peut dire avec le commissaire royal à la Réforme judiciaire, M. 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 œuvre par les lois d'organisation judiciaire... » (16), 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 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, à propos desquelles, ici pas plus qu'ailleurs, nous ne prononçons de jugement d'opportunité ou de 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. Référence est en effet expressément faite au présupposé de l'unité logique nécessaire du droit (17).

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 (18). Telle était, effectivement, la portée du tribunal d'arrondissement nouvellement proposé dont

(16) Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la Réforme judiciaire*, t. I, Bruxelles, 1964, p. 67.
(17) Un des arguments invoqués en faveur de l'unité de juridiction est « l'unité même du droit nonobstant sa complexité » (*ibidem*, p. 68).
(18) L'expression est de M. 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).

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 conçu comme une assemblée composée des trois présidents du ressort, maintenant ainsi une autonomie organique et fonctionnelle aux juridictions du commerce et du travail. En revanche, deux autres manifestations 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 par ce biais, comme le signale le commissaire royal, reprenant une idée de M. Henrion, « de restituer au juriste la place qui doit être la sienne dans un corps judiciaire » et, ainsi, de satisfaire aux « exigences d'une logique rigoureuse » (19). 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. 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, dans la mesure où 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 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 » (20). 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 dispositions doivent être interprétées » : cette « cohésion de plus en plus étroite du droit social » ainsi espérée,

(19) *Ibidem*, pp. 87-88.
(20) *Ibidem*, pp. 93-94.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

note le commissaire royal Van Reepinghen, n'est pas possible si « l'œuvre de la jurisprudence est dispersée et divergente » (21).

Enfin, remarquons que l'apparition de l'office du ministère public participe, d'évidence, de cette même symbolique unitaire quand on sait que cette institution a précisément pour caractéristiques l'unité, l'indivisibilité et la hiérarchie (22).

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 réagencer 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 réalisation. La symbolique de l'unité centraliste fonctionne aux divers niveaux : au présupposé de l'unité textuelle correspond, autant qu'il est possible, une organisation unitaire et centraliste qui raréfie le dire jurisprudentiel.

Section 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 (23). Le régime de responsabilité de l'Etat pour de tels actes est simple : sauf l'hypothèse réglée par l'article 447 du Code d'instruction criminelle, « les actes des juges n'engagent point, dans l'ordre interne, la responsabilité civile de l'Etat » (24). Le principe est qu'il n'y a « contre ces jugements d'autres recours que ceux que le Code judiciaire règle » (25).

(21) *Ibidem*, p. 95.
(22) 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).
(23) Cf. sur ce problème plus général, C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, *op. cit.*, pp. 323 et sv.
(24) C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, 1968, p. 575.
(25) *Ibidem*, p. 575.

Le relevé des divers fondements donnés à ce principe d'irresponsabilité de l'Etat présente, on va le voir, un intérêt du point de vue qui nous occupe. Le professeur 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'il propose.

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 » (26), 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 au 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 » (27).

A l'égard 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.

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 tou-

(26) C. CAMBIER, *La responsabilité ...*, *op. cit.*, p. 326.
(27) *Ibidem*, p. 326.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

tes les formules dans lesquelles les religions révélées ont enfermé leur croyance » (28).

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. A 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 » (29). Henrion de Pansey prolonge cette idée. 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 » (30). 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'œuvre directe de l'Etat français, tandis que des actes administratifs, on n'hésite pas à le dire » (31).

(28) *Ibidem*, p. 327; les dernières expressions citées par M. Cambier sont de R. Marcq lui-même.
(29) J. BODIN, *De la république*, L. III, chap. 5, cité par C. Cambier, *ibidem*, p. 336.
(30) HENRION de PANSEY, *De l'autorité judiciaire*, Bruxelles-Paris, 1820-1834, p. 10, cité par C. Cambier, *ibidem*, p. 336.
(31) M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, 5e éd., Paris, 1943, p. 302, cité par C. Cambier, *ibidem*, p. 337.

M. 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, tel qu'il est 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 » (32) 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 plus, par définition, à l'égard des décisions annulées ou rétractées dont il s'agit précisément de justifier le régime d'immunité (33).

Enfin la théorie d'Hauriou, fait remarquer le même auteur, contredit les transformations constitutionnelles introduites par la Révolution française : « Dans la société 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 » (34).

Pour M. 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 » (35). 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. 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 perçue par Marcq, Duguit et Hauriou. Cette dimension se dégage, 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 du pouvoir judiciaire explique l'immunité qui caractérise, au sens

(32) *Ibidem*, p. 328.
(33) Remarquons que Duguit fait aussi état du rôle social de la fonction pour justifier que « le jugement d'acquittement ne peut constituer la cause d'une action en dommages-intérêts contre l'Etat » (C. Cambier, *ibidem*, pp. 330-331).
(34) *Ibidem*, p. 338.
(35) *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 575.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 de la fonction de juger. 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 des fonctions implique 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 Cambier. Elles traduisent toutes précisément la considération que le régime d'immunité ne s'explique pas uniquement par l'aménagement technique du cadre dans lequel s'accomplissent les actes considérés. Une dimension supplémentaire s'y ajoute 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, selon 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 sujet 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 il est question ici, ce que nous nommerons la dimension mytho-logique en laquelle s'enracine le discours du juge.

Bien sûr, et M. Cambier l'a remarquablement montré, les formulations 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 bases 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'œuvre 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. Perelman, d'autres dimensions, mais aussi le registre 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 » (36). 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 (37) et traduit ainsi ses attaches avec l'idéal logicien.

---

(36) *La responsabilité ..., op. cit.*, p. 338.

(37) Remarquons que M. 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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Section 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 l'organisation juridictionnelle 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 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 » (38) 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 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 la signifiance 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 d'assurer ainsi 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.

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

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 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... » (39). 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 (40); « 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... » (41). 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 cohérence de l'ordre juridique » (42). A « la logique et la clarté, vertus car-

(39) *Du ministère public près la Cour de cassation*, Discours prononcé à l'audience solennelle d'installation de MM. Lenaerts et Mélot le 21 juillet 1877, p. 12.

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

(41) *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.

(42) 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

dinales (des) structures (du droit) » (43), doivent nécessairement correspondre « l'ordre et l'harmonie » dans la jurisprudence (44).

Cette unité logique de l'ensemble normatif, cette cohérence-complétude du système (45) 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 » (46), et précisé 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 » (47).

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 (48), la Cour, comme le dit le Procureur général Ganshof van der Meersch, « ne change... que très exceptionnellement sa jurisprudence » (49). Cette idée avait été très explicitement exprimée

(43) *Ibidem*, p. 494.

(44) 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.

(45) 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'un réduction du droit à la loi. La théorie des sources, telle qu'elle est 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 (cf. sur ceci *infra*, titre II; cf. 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).

(46) *La Cour de cassation*, Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 15 septembre 1948, pp. 4-5.

(47) 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.

(48) Cf. 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.

(49) *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.

par le Procureur général P. Leclercq auquel 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 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 discute 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 » (50).

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 (51). Cette liai-

(50) *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).

(51) Cf. 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; cf. aussi sur ceci, M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, t. I, Paris, 1957, p. I.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

son 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-même (52). 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 » (53); 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 » (54). 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 les astres... une loi immuable, éternelle, maintient cette belle simplicité qui nous charme dans les moyens de la nature » (55). 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 (56).

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 du style quelque peu lyrique de l'éminent magistrat, s'exprime au contraire une dimension que l'on retrouve fréquemment dans les autres mercuriales et qui dénote ainsi les traces recherchées d'une lecture monologique du discours juridique.

(52) *L'unité*, Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée le 15 octobre 1874.
(53) *Ibidem*, p. 7.
(54) *Ibidem*, p. 5.
(55) *Ibidem*, p. 11.
(56) *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 son caractère de discours de vérité, 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 » (57). Dans cet ordre d'idées, 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 mytho-logique : le discours ne fonctionne que référé à une instance fondationnelle, le Texte, dont la vérité est garantie par son Auteur. C'est dans cet esprit que 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 » (58). 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... (59). Le Procureur général Terlinden parlera, à propos du droit, de « l'autel dont nous sommes les prêtres » (60) et l'on pourrait multiplier les exemples (61).

(57) *La mission des Cours et tribunaux*, *op. cit.*, p. 565.
(58) *Op. cit.*, p. 10.
(59) Discours prononcé par l'Avocat général DEFACQZ lors de la séance d'installation de la Cour de la cassation de Belgique, le 15 octobre 1832.
(60) 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.
(61) Ainsi sur l'idée du culte du droit cf. 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 cf. 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*

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (62), il nous suffit de remarquer la récurrence du thème du « véritable sens » de la loi (63), ou encore l'expression du Procureur général Terlinden parlant du « sens révélé » (64).

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.

Palais, Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 15 octobre 1883; passim.; cf. aussi pour d'autres références analogues à cette dernière, le très éclairant travail de L. INGBER, *Droit et pouvoir judiciaire en Belgique au XIXe siècle*, *Journal des Juristes Démocrates*, 1979, no 21, pp. 1 et sv.

(62) « 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.

(63) Cf. 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; cf. aussi dans cette dernière mercuriale, l'expression de « mandat de ... vérité » dont est investie la Cour ».

(64) *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.

Il en est en quelque sorte le précipité, témoignant en dernier ressort de l'idéal logicien, et de l'effet raréfacteur qui lui est lié, par référence auquel se construit et se reconstruit le dire jurisprudentiel. Ainsi se retrouve la distinction opérée ci-dessus avec le professeur Ladrière entre unité posée et unitée désirée. Le discours juridique ne fonctionne pas sur le mode d'une unité finale en perpétuelle élaboration. Son cadre institutionnel traduit au contraire le fait qu'il ne se construit que par le biais d'une unité posée parce que supposée.

Avant d'aborder cette autre face de la fonction de juger qu'est l'opération de déchiffrement du sens de la norme, une dernière remarque est à formuler.

L'organisation institutionnelle de la fonction de juger a été interrogée sous un angle général, celui de la signification du modèle théorique qui préside à son élaboration et son fonctionnement. D'autres dimensions, plus particulières, mériteraient cependant aussi d'être analysées.

Parmi celles-ci, il en est une qu'il importe de signaler, vu son incidence sur les conditions de production du discours juridique, à savoir celle de la distinction du fait et du droit en rapport avec l'aménagement des institutions de jugement. La question ici posée trouve son principal champ d'application dans l'étude de la portée du contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'opération de qualification du juge du fond (65).

Or il est intéressant de signaler, ainsi qu'on a tenté de le démontrer ailleurs (66), que sur ce plan particulier, l'organisation institutionnelle de la fonction de juger traduit aussi une dérive mytho-logique de la rationalité juridique.

C'est qu'en effet la plénitude de compétence affirmée par la Cour de cassation à l'encontre de l'opération de subsomption du juge du fond (67), si elle se conçoit à raison de la nature purement concep-

---

(65) D'autres applications de la distinction du fait et du droit en rapport avec l'organisation de la fonction de juger peuvent, évidemment, être repérées telle la détermination même de la compétence principale de la Cour suprême telle aussi la détermination des pouvoirs du juge du fond dans le procès civil.

(66) Cf. J. LENOBLE, *Le contrôle de la qualification par la Cour de cassation et la clôture du discours juridique* in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1980-5.

(67) Cf. sur ceci F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 245.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

tuelle de l'opération de qualification — qui n'est donc pas à comprendre, ainsi que l'a bien mis en lumière M. Rigaux (68), en termes de passage du concret à l'abstrait — ne voit sa portée définie 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.

Cette identification aboutit ainsi à récuser les conséquences logiques du caractère construit du fait. Dans cette identification fictive et la clôture dont elle est porteuse se repère donc à nouveau l'idéal logicien.

(68) *Ibidem*, p. 80 et sv.

TITRE II

L'INTERPRETATION JUDICIAIRE ET L'IMAGE DU LEGISLATEUR RATIONNEL

Introduction

Les développements qui précèdent ont montré combien notre organisation judiciaire et les différentes modifications qui l'ont affectée restait polarisée par une mythologie unitaire et centraliste. L'appareil de justice est uniforme et hiérarchisé; on en attend une production conforme.

Passant maintenant à la méthode judiciaire elle-même, on s'attachera à déceler, dans l'opération d'interprétation de la loi, la prégnance d'une idée régulatrice comparable : le texte juridique comme foyer unitaire de sens dont la paternité est rapportée à un auteur éminent et fictif, le législateur rationnel. Nouvelle ritualisation autoritaire du discours.

De part et d'autre fonctionnent donc les idéaux logiciens de cohérence, de complétude, d'univocité. Ces idéaux ne traduisent pas tant une performance technique — on parlerait dans ce cas d'idéaux logiques — qu'une forme de fascination, principe heuristique, idée régulatrice, qui tend à réduire le discours juridique à l'identité de la tautologie.

L'image du législateur rationnel 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 œuvre de justice à la fois souple et réductrice, qui s'entend à absorber le conflit et le changement sous les catégories de la Loi.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Les premiers traits de cette problématique 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).

Si nous sommes aujourd'hui mieux conscients des limites explicatives de notre hypothèse, nous pouvons, en revanche, la situer au cœur 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 légaliste 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 systématique du conflit. Le concept « d'idéal logicien » 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'œuvre dans la production jurisprudentielle, qu'une telle influence idéologique est une évidence (le pouvoir judiciaire

(1) F. OST, *L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur* 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.

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 quatre 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) révèle 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 systématique 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'une tentative 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 mytho-logique

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Enfin, un quatrième 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 œuvre 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 mytho-logique : 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 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

(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.

(5) A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, 1968, v° « Postulat ».

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).

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

(6) H. KELSEN (*Théorie pure du droit*, trad. de la 1re éd. par H. THEVENAZ, Neufchâtel, 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.

(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 de sujet de droit.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

d'harmonisation et d'unification qui constitue précisément l'essentiel de son œuvre.

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

Cette feinte est l'indice de la dérive mytho-logique.

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).

(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 aixois se fait, des causes qui lui sont présentées, une idée souvent très éloignée de la réalité ».

Chapitre I

Contraintes discursives affectant la problématique de l'interprétation

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 présentaient 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

leur épaisseur propre qui réfracte de manière décisive le processus de production du dire, l'œuvre de signifiance.

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 du 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'œuvre, 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.

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'œuvre, 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

(1) Cf. P. RICŒUR, *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.

(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*.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

du texte, telle que nous l'avons présentée, engage nécessairement 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'œuvre, deux procédures de récupération sont mises en œuvre, 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 œuvre 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

(6) R. BARTHES, *ibidem.*
(7) M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Paris, 1971, pp. 26-27.

ne renvoie pas 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'œuvre, garant de sa continuité, répondant de sa logique (8). C'est à partir de son image idéalisée que se définiront les œuvres de jeunesse et de vieillesse, de moindre intérêt, et le corpus de la maturité, centre géométrique de l'œuvre. 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 n'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 signifiance, 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).

Par où se trouvent également visées les théories modernes de l'interprétation juridique qui tendent à déplacer la fonction d'auteur :

(8) G. TARELLO, *Sur la spécificité du raisonnement juridique* in *A. R. S. P.*, 1972, 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, *Sèmèiotikè. Recherches pour une sémanalyse*, Paris, 1969.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 Dilthey et de Dilthey 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 compris lui-même » (13).

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

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 significative; 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, Ricœur 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'interprétation 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

(14) M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, 1960, pp. 149-154.
(15) H. G. GADAMER, *op. cit.*, pp. 152-153.
(16) *Ibidem*, p. 167.
(17) *Ibidem*, p. 171.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'érigeant 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'Ecriture 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 cohérente 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'inéluctabilité du cercle herméneutique qui veut qu'une fois entré dans le

(18) *Ibidem*, p. 175.
(19) *Ibidem*, 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.
(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.

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'œuvre de l'interprète. Dialectique du comprendre que M. Ricœur, 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'efficience 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).

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

(25) En ce sens, B-D. D., *Enc. Universalis*, v° *herméneutique*, p. 366.
(26) P. RICŒUR, *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.
(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 Geistes-Wissenschaften*, 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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. Ricœur, 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. Ricœur 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).

L'important est de relever une entière concordance entre l'analyse du phénomène herméneutique réalisée par MM. Ricœur 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.

---

(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. RICŒUR, *Corus 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'une corpus conventionnel donné. Remarquons, par ailleurs, que si, avec MM. Gadamer et Ricœur, 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).

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 (anciens articles 4 et 5 du Code civil) 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

en vigueur, de développer, jusqu'aux limites de la fiction, les virtualités du système juridique. S'en induit une méthode de type systémique 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'œuvre 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 maintenait 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

---

(1) M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5e éd., Bruxelles, 1826, Vo 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 »*, *loc. cit.*, 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.

(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, pp. 363 et sv.

(5) Pour quelques exemples de lois interprétatives récentes, cf. W. VAN GERVEN, *Beginselen van belgisch privaatrecht*, algemeen deel, Antwerpen, 1969, p. 52.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 œuvre. 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 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 œuvre.

(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.

(8) Cf. E. CAUSIN, *L'interprétation des contrats en droit belge* in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1978, pp. 281 et sv.

(9) Sur ces dispositions, cf. M. TOULIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. I, Bruxelles, 1887, pp. 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.

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.

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

(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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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 défaillante, 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 (3e 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 déboutera le demandeur (1re interprétation) (16).

(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 ».

(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.

(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

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 soulignent 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 légaliste (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 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'inter-

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 œuvre 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*, 1re édition, trad. par H. THEVENAZ, Neufchâtel, 1953, p. 142).

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

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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

prétation 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.

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

(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*, 5e éd., Tübingen, 1972, p. 397).

(20) C. HUBERLANT, *Les mécanismes institués ..., loc. cit.*, p. 50; dans le même sens, C. PERELMAN, *Essai de synthèse* in *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 395; G. TARELLO, *Sur la spécificité du raisonnement juridique, loc. cit.*, p. 109.

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'œuvre 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 bien moins comme une invitation à faire œuvre de choix politique créateur que comme recommandation à « achever de penser » l'œuvre 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

(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 ».

(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, C. DU PASQUIER (*Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel, 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*, 4e 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. »

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 œuvre 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 systémique 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 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.

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

(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 ».

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). 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 dégageaient 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.

(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 fevr. 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.

(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., 21 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Tel est donc le bilan de nos premières recherches : un système constitutionnel d'ordonnancement 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 œuvre — 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.

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 illusoires 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, 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 surranée 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).

---

(34) En ce sens, cf. G. BACHELARD, *Noumène et microphysique* in *Etudes*, Paris, 1970, p. 17.

(35) En ce sens, J. BROEKMAN, *Recht en antropologie*, *op. cit.*, 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*, *op. cit.*, p. 35.

(37) Cf. F. RIGAUX, *Droit international privé*, Précis de la faculté de droit de l'U. C. L., Bruxelles, 1968, nº 140; cet auteur cite le commissaire royal

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 faits de la cause jugés pertinents (41). Cette osmose progressive du fait et du droit est, bien entendu, l'œuvre du langage juridique, le concept servant à reproduire le « récit » du cas litigieux étant bien souvent le même

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 juger dans le procès civil*, communication présentée en novembre 1978 au Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques des Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles, à paraître).

(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 ».

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-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

(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. EECKHOUT, *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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'ordonnancement naturel des choses (49). Cette position, ouvertement iusnaturaliste, est significative 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

(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, *op. cit.*, p. 47; cf. encore J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, 1926, p. 37 : « tous les termes qui entrent dans un texte de loi sont tirés hors du pair, marqués d'un caractère sacré. Seraient-ils empruntés à la langue commune, ils auront pourtant, comme éléments du texte, cette sorte de sainteté qui est pour les sensibilités individuelles le signe de l'autorité sociale ».

(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.

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 en vertu de sa place et de sa fonction dans le système global. C'est dans cette optique que des auteurs comme Hart et Olivecrona ont pu comparer le fonctionnement du discours juridique à celui d'un jeu ou d'un système monétaire (52). 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...), on accordera l'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).

(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, *op. cit.*, 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*, 4e éd., Stuttgart, 1968, pp. 12 et sv.

52) H. L. A. HART, *Definition and theory in jurisprudence*, in 70 *L. Q. R.* (1954), pp. 137-160 et K. OLIVECRONA, *Law as fact*, 2e éd., London, 1971, pp. 240 et sv.

(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, 1928, pp. 22 et 24 : « La langue juridique est une et

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (53bis).

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 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.

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 ? ».

(*53bis*) 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 systématicité est, à son tour, fermement assurée par la dogmatique.

(54) Cf. M. WEBER, *op. cit.*, p. 397.

(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 ».

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 dont nous commenterons les principaux attendus (57).

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 observe déjà l'introduction de concepts juridiques dans la « description » du fait (« fille légitime », « divorcée », « désavoué », « action en désaveu de paternité »). Les termes du langage courant, évoqués au premier stade

(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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 nœud 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 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

(58) Et, par ailleurs, cet individu consentait à l'adoption de l'enfant par son ex-épouse, cf. les *observations* de J. L. RENCHON, p. 692.
(59) Pour une étude détaillée de ce phénomène, cf. E. SEVERIN et S. BRUXELLES, *Du judiciaire au juridique* in *Langages*, mars 1979, pp. 51 et sv.
(60) J. L. RENCHON, *loc. cit.*, p. 692.

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-considérations 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 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 consti-

(61) *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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

tuer 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.

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'œuvre 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*, chapitre 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 œuvre et par les règles (unité, cohérence, complétude) qui en déterminent les transformations (63*bis*).

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

(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*) Cf. encore H. MARCUSE, *L'homme unidimensionnel*, Paris, 1968, p. 126 : « le langage rituel et autoritaire ... édicte et, par les pouvoirs de l'appareil, il établit les faits — c'est une énonciation qui se valide elle-même. Il baigne dans les tautologies ... Cette sorte de justification fait naître une conscience pour laquelle le langage du pouvoir dominant est le langage de la vérité. »; R. BARTHES, *Le degré zéro de l'écriture*, Paris, 1953, p. 37 : « il n'y a plus aucun sursis entre la dénomination et le jugement, et la clôture du langage est parfaite ».

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

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 satisfont 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, nostalgie de l'indo-européen (67). Langue-

(65) *Ibidem*, pp. 7-8.

(66) *Ibidem*, 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.

(67) *Ibidem*, 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 ductibilité.

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 » (...). « Lorque 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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » — 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.

(68) J. C. MILNER, *L'amour de la langue*, *op. cit.*, p. 111.

(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 ne pourrais retrouver ce principe dans l'ensemble de nos lois organiques, criminelles, civiles ou administratives* »; 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 ».

§ 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 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 œuvre d'une systématicité 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 êtres 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'accep-

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

(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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

tabilité de la motivation (73). Nous trouvons donc, au cœur 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'égalité 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 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 décrient 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 permanence des raisons. De cette « idée du droit » (*Idee des Rechts*), de

(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.; O. A. GERMANN, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2e éd., Bern, 1967, p. 393.

(74) En ce sens, cf. C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, *op. cit.*, 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 applicable 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 VIIe 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 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 ».

(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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 œuvre 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 systématicité (juridique) axiologique harmonieuse dont, par ailleurs, il n'a pas manqué d'auteurs pour en rapporter la « paternité » au législateur rationnel (83).

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 conjuguée du langage et des valeurs juridiques ont révélé la prégnance d'un idéal systématique, très souvent rapporté à une Figure uni-

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

(80) C. W. CANARIS, *Systemdenken* ..., *op. cit.*, p. 156; K. LARENZ, *op cit.*, p. 401; A. O. 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.

taire. 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 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).

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

(85) *Ibidem*, pp. 467-468.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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).

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 œuvre caractérisée par la fécondité heuristique qu'induit sa représentation mais aussi les réductions dogmatiques qui, à chaque instant, le guettent (89).

(86) *Ibidem*, p. 476.
(87) *Ibidem*, p. 477.
(88) *Ibidem*, 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 ».
(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 ce 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 induisant 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 systématicité 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

(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 dans le droit*, *op. cit.*, p. 60; J: VERBEKE, *Interpretatie van het recht en mecanische vertaling. Een rechtstheoretische beschouwing*, R. W., 1976, col. 2049 et sv.

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 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 œuvre 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 la fin du XIX^{e} siècle),

(2) A. ROSS, *On law and Justice*, *op. cit.*, p. 155.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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

(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 dans le droit*, *op. cit.*, p. 130; cf. aussi A. J. ARNAUD, *Les juristes face à la société*, Paris, 1975, p. 172.

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

(5) Civ. Bruxelles, 20 janvier 1956, *R. C. J. B.*, 1957, p. 33 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, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, t. II, p. 250.

(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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 œuvre, 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 raccrochée 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 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'inter-

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*, 2e 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.

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

prète, 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 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,

(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.

(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. P. HABA, *Précompréhension et rationalité dans le travail du juge selon J. Esser* in *A. P. D.*, 1975, pp. 385 et sv.

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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

comme l'expression d'un acte de volonté; elle exprime plutôt un schéma d'ordonnancement 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'ordonnancement 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 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'œuvre 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

(19) *Ibidem*, pp. 33-36.
(20) *Ibidem*, 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*, Zwolle, 1973, pp. 69 et sv., interprète cette démarche dans un sens résolument fonctionnaliste (le jugement comme instrument de changement social).

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 la tradition juridique dogmatique (23). D'une part, en effet, il ne saurait renoncer à travailler avec les points de vue dogmatiques élaborés par les autorités juridiques et qui s'imposent de façon obligatoire; mais, inversément, 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 œuvre 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

(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, 19, 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 ...
(23) *Ibidem*, p. 137.
(24) *Ibidem*, p. 25.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 ses 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-systémiques, inspirés par les besoins sociaux contemporains; mais, ajoute-t-on aussitôt, ils se prêtent à une intégration dans la systématicité juridique a 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'œil 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

(25) *Ibidem*, p. 22.

(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*, *op. cit.*, pp. 17-18.

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 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) ?

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

(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 « terugtrekkingstaktiek 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*, 1970-1971, 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 ... ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 presqu'infini qui n'est pas opéré en l'occurrence, comme le reconnaît d'ailleurs M. Langemeijer (31).

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.

(31) G. E. LANGEMEIJER, *De verantwoordelijkheid van de nederlandse rechter* in *Het rechterlijk oordeel*, *op. cit.*, p. 101.
(32) J. RIGAUD, *Réflexions sur la notion de consensus* in *Pouvoirs*, 1978, nº 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.

« 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'harmonie 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 compte 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,

(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, nr 3, p. 19; A. TOURAINE *(Production de la société*, Paris, 1973, p. 343), qui tient la notion de consensus pour idéologique, note finement que « l'Etat demande au sociologue [qui est l'oracle du consensus] d'être le nouvel historiographe du Roi ».
(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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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 linguistique que formel et axiologique. 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 œuvre 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. Ricœur évoque la familiarité du lecteur et du texte qui dessine un « cercle herméneutique » (41), M. Ladrière explique que la

(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.
(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. RICŒUR, *La métaphore vive*, *op. cit.*, p. 307.

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 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 ne se manifeste pas moins — et de manière décisive — une préinter-

(42) J. LADRIERE, *Le rôle de l'interprétation en science, en philosophie et en théologie*, *loc. cit.*, p. 213.
(43) F. DELPERÉE, *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 Bundesverfassungsgerichts*, Freiburg, 1978, pp. 142-148 et pp. 164-165.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

prétation. 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 présupposer 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 téléscopage 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).

(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.

(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 ».

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 définitive, 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 (49). Eu égard au triple contexte d'interprétation de la

(47) Cf. K. ENGISCH, *op. cit.*, p. 136 : c'est le concept de « totalité juridique » (*Rechtsergänzung*) qui crée le concept de lacune comme « déficience » (*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 ».

(49) Nous avons proposé par ailleurs une étude jurisprudentielle des différents attributs du législateur rationnel : cf. F. OST, *L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur*, *loc. cit.*, pp. 159-184.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

norme (linguistique, systémique et fonctionnel), le législateur 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 » (50). On supposera d'abord que le législateur présente un comportement linguistique rationnel (*rationalité linguistique*) (51). On admettra 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

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

(51) Trois auteurs ont tenté un étude des attributs du législateur rationnel. Il s'agit de 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) et Z. ZIEMBINSKI (*La notion de rationalité du législateur* in *Formes de rationalité en droit*, *A. P. D.*, 1978, pp. 175-187).

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 œuvre 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*). 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, praxéologique, épistémologique et axiologique. On peut évidemment se demander si

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

une hiérarchie préside à la mise en œuvre 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 (52).

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 sinon absolues ou irréfragables, comme le soutient M. Bobbio (53), du moins plus difficilement réfutables.

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 (54). 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

(52) 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.

(53) N. BOBBIO, *loc. cit.*, p. 243.

(54) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, t. II, Paris, 1958, p. 276.

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.

3. La troisième étape du modèle vise la mise en œuvre, 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 effectuante*. Ces méthodes — littérale ou 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 (55).

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 (56). Il faut donc absolument éviter de prêter à chacune de ces méthodes une vertu heuristique déterminante : elles ne valent que ce que vaut le projet de signifiance qu'elles soutiennent (57).

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 la loi est une volonté raisonnable » (58).

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

(55) 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.

(56) En ce sens, cf. J. B. VRANKEN, *op. cit.*, p. 230.

(57) En ce sens, cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1re éd., trad. H. THEVENAZ, Neufchâtel, 1953, p. 139.

(58) 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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...) (59). 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 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 systématique, 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 œuvre « relativement inéquitable » plutôt que de soutenir qu'il a fait œuvre inutile, qu'il a employé un terme « pour ne rien dire du tout » (60). 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.

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 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, systématique et conceptuelle de la motivation ne fait que reproduire les traits de la préinterprétation qui a déterminé l'ensemble de la démarche.

Quoi qu'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 (61).

(59) 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'imprécision* 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).

(60) Cette directive se dégage des conclusions du Procureur général L. CORNIL (Cass., 16 novembre 1944, *Pas.*, 1945, I, 34) rendues 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).

(61) 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).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (62) : 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'égale 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. Ricœur est si bien inspiré de comparer l'interprétation d'un texte à un pari (63). 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'œuvre 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.

(62) 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, nº 2, p. 146.
(63) P. RICŒUR, *La métaphore et le problème central de l'herméneutique*, *loc. cit.*, p. 105.

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'œuvre 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 (64) 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 (65). La différence est sensible d'avec la tâche des juridictions internes tenues

(64) 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.
(65) Sur l'interprétation du droit communautaire, cf. P. PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans*

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 œuvre irrationnelle : elle combine le formalisme de procédures magiques à l'intervention 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'œuvre 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 (66).

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.

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.

(66) M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 504; cf. aussi J. CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, nº 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 déduction à partir de principes ».

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 rendu 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 cadi » et M. Arnaud de « système de la toge » (67).

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 systémique qu'opère une caste de juristes professionnels au pouvoir d'innovation limité. C'est le modèle que M. Arnaud qualifie de « système du faux-col » (68).

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 de 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 » (69).

(67) 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*, *loc. cit.*, p. 170.

(68) *Ibidem*, p. 171.

(69) *Ibidem*; M. G. J. WIARDA (*Drie typen van rechtsvinding*, 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'*Etat despotique* (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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 relève 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) (70) et d'anticipations de justice « scientifique ». C'est surtout ce dernier phénomène qui risque bien de consacrer, à plus ou moins brève échéance, une profonde modification de la rationalité du législateur à mesure que la loi se mue en règlement et le juge en expert (71). Déclin de la juridicité dont il nous est déjà présentement fourni les premiers signes, au droit succédant d'autres modèles 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

(70) 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 ?

(71) 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 Novelles. Protection de la jeunesse*, Bruxelles, 1978, p. 6) : « le législateur n'a pas voulu clicher 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'œuvre de justice. Les changements en cours sont trop importants pour ne pas être pensés en termes de rupture.

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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Chapitre IV

Les fonctions exercées par le postulat de rationalité du législateur

Introduction

Après avoir dégagé un modèle théorique de l'interprétation judiciaire de la loi (chapitre III) 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 cœur 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, 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 œuvre 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 ?

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 conduit 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'œuvre 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

(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.

faire un emprunt à la jurisprudence. M. l'Avocat général Gesché a dit, dans ses 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 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

(1*bis*) Cass., 15 mai 1930, *Pas.*, I, 1930, p. 223 et conclusions GESCHE.
(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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

distingue de la notion de pouvoir : son fondement est d'ordre rationnel, 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. Esser 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).

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

(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 *Rev. trim. dr. civ.*, juillet 1976, p. 440.
(8) E. P. HABA, *Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität ?* in *Rechtstheorie*, 1977, heft 2, pp. 145 et sv.

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'infaillibilité 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), M. Husson : « le législateur exerce une mission : *il fait œuvre 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).

(9) Surt uto 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 IIae, qu. 90, art. 3.
(11) PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, I, VI, 1.
(12) PORTALIS, *Discours préliminaire* in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.*, t. I, p. 466.
(13) F. LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 339.
(14) L. HUSSON, *Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse*, *loc. cit.*, 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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. (16*bis*).

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 mytho-logique ».

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 le principe de rationalité du législateur, nous n'entendons pas nier le fait que le juge opère des choix créateurs, voire une véritable fonction normative. Nous accorderons même que les décisions qui font 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'il est appliqué et transformé journellement 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

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.

(16*bis*) 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.

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 de 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 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 président 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

(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, nº 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'œuvre 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 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, 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

(21) Z. ZIEMBINSKI, *loc. cit.*, pp. 178 et 183.

(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. JENNISSEN 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 de J. LECLERCQ publiée au *J. T.* du 14 février 1976, pp. 105 et sv. : « la première constatation qui est devenue un lieu 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 ».

(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 tenter d'en renouveler l'approche et les implications ». (*Droit de l'entreprise et droit des travailleurs* in *Jurisprudence commerciale de Belgique*, 1977, nº 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 juin 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 ce 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, 1968, chap. IV; P. DURAND, *Traité de droit du travail*, Paris 1975, T. I, nº 207; M. CAMERLYNCK, *L'autonomie du droit du travail* in *Dalloz*, 1956, 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 négation des inégalités de statut (26). Dans ces conditions, à l'heure où de nouvelles institutions 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

---

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. 197 : « 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 une 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, nº 1-3, p. 364.

(27) G. TARELLO, *Sur la spécificité du raisonnement juridique*, *loc. cit.*, 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, nº 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*, nº 10, pp. 15 et sv.

expansion quantitative sans rupture qualitative (30); ce principe est celui de 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 que celle de l'interprétation judiciaire de la loi; ce qui, bien entendu, renforce encore, par effet indirect, son efficace au plan de cette pratique judiciaire.

On retrouve en effet, au cœur 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 ou 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 œuvre, de manière plus ou moins explicite, le postulat de rationalité du législateur (32).

---

(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 en antropologie*, *op. cit.*, p. 146.

(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 inversément, 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 de délégation de pouvoir au premier Constituant et des fonctions épis-

(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) *Ibidem.*
(36) A. PECZENIK, *Empirical foundations of legal dogmatics*, *loc cit.*, p. 42.

témologiques 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 l'interprétation 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 téléscopage 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 fondamentale pouvait « expliquer » l'obéissance des sujets de droit à l'ordre juridique. Dans ces conditions, le dogmatisme de l'objet

(37) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. 2[e] éd. par C. EISENMANN, Paris, 1962, pp. 257 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 : la thèse du législateur rationnel — qui garantit la cohérence et la pertinence de la dogmatique juridique — est validée elle-même par

(38) H. LEFEVRE, *Logique formelle et logique dialectique*, 2e éd., Paris, 1969, p. 178.
(39) Toutes citations de G. KALINOWSKI, *Une théorie de la dogmatique juridigue*, *loc. cit.*, pp. 411-412.

une métaphysique. En l'occurence 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 particulier, 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 signifiantes, du plus modeste raisonnement judiciaire à la philosophie 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.

(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 XVIIIe siècle, ou : le droit prisonnier des mots*, *loc. cit.*, 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-1er septembre 1979, p. 19.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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) (5), 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 symbolique 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 mytho-logique » 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.

(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.
(49) Nous proposerons, en conclusion de la IIe partie de ce travail, une confrontation des concepts d'idéologie et de mytho-logique.

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 soutient donc d'une part de son insertion dans l'économie libidinale des sujets parlants (intériorisation, identification de la vision 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.

(50) G. FOUREZ, *La science partisane*, Gembloux, 1974, pp. 31-42.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Deuxième partie

Logique juridique et rationalité mytho-logique

Approche de la mytho-logique juridique

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

INTRODUCTION

Les développements qui précèdent nous ont appris que la question de la logique juridique ne se laissait pas réduire aisément.

Au moment 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'omniprésence de la logique juridique.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'œuvre : 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 mytho-logique de la rationalité juridique).

L'assujettissement du discours logique à l'ordre de l'idéal sera thématisé (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 confirment, 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 mytho-logique, 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 mytho-logique. 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 mytho-logique : 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 mytho-logique. Ceci étant, il reste que nous intitulons cette partie de notre travail : « *Approche de la mytho-logique juridique* », laissant pour la troisième partie, l'analyse plus approfondie de la question.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

TITRE I

L'ETAT DE LA PROBLEMATIQUE

Chapitre I

La rationalité juridique comme rationalité 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 conformité du raisonnement juridique aux idéaux logiciens tels que ceux de la

(1) Cf. . TAMMELO, *The Is and the Ought in Logic and Law* in *A. R. S. P.*, Beiheft neue Folge nº 6, 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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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

(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 ».

(3) *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 wenig 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) *Ibidem*, p. 25

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 œuvre des systèmes juridiques » (7). C'est la catégorie de « pseudo-logique » (8) qui lui permettra de concilier cette idée d'omniprésence du souci de mise en ordre logique et son analyse de l'œuvre du juriste en termes de réalisation de la justice : la logique couvre l'ensemble des raisonnements juridiques, leur donnant leur 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 dans un texte très directement inspiré par Jean Dabin (11) : « Le raisonnement systé-

(7) *Ibidem*, p. 209 (nous traduisons).

(8) *Ibidem*, p. 295.

(9) C. ALCHOURRON et E. BULYGIN, *Normative Systems*, *op. cit.*, 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 œuvre, 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 artistotéliciens, pour nouer avec le quartier Saint-Germain-des-Prés, sous le signe de l'existentialisme juridique, un flirt imprévu ».

(11) J. RENAULD, *La systématisation dans le raisonnement juridique* in *Logique et Analyse*, août 1958, nº 3-4, pp. 168 et sv.; cf. aussi M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, 1960, p. XL : « La structure de la pensée juridique, si

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

matique, 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 solution 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. 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

elle existe, ne saurait être que cohérente sans quoi elle aurait été minée depuis longtemps ».

(12) J. RENAULD, *La systématisation ..., loc. cit.*, p. 170; cf. encore H. BATIFFOL (*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 ».

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 œuvre harmonieuse et cohérente anime le législateur depuis l'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).

(13) J. RENAULD, *La systématisation ..., loc. cit.*, p. 169.

(14) *Ibidem.*

(15) Cf. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit, op. cit.*, nº 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Gény, pourtant peu enclin à accréditer 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 œuvre 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 positive 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).

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 œuvre 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

aussi, sur les qualités prêtées au code, J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle*, *op. cit.*, pp. 169-189.

(17) F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, *op. cit.*, p. 127.

(18) M. CHASTENET, *Journal officiel de la Chambre des députés*, année 1898, p. 1501, col. 1-2.

(19) J. L. RENCHON, *Les vicissitudes de la législation belge sur le divorce* in *Annales de droit*, 1976, t. XXXVI, p. 79.

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 réglementaires (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 œuvre qu'il proclamait « parfaite et dépourvue de contradictions »;

(20) *Rapport de la commission de la justice*, *Pasin.*, 1974, p. 627.

(21) Cf. lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (A. R. du 12 janvier 1973), art. 2 à 6; J. MASQUELIN (*Les Novelles, 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. *Pasin.*, 1971, I, p. 1077.

(23) *Documents parlementaires*, Sénat, session 1958-1959, Rapport n° 519 du 13 oct.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

peu importe, le souci est le même — jamais interrogé pour lui-même — de produire une œuvre 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).

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 systématicité.

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,

(24) W. VAN GERVEN, *Over recht en systeem* in *Rechtsphilosophie en Rechtstheorie*, déc. 1973, p. 63.

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 receler 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 carac-

(25) R. FEYS et M. T. MOTTE, *Logique juridique, systèmes juridiques* in *Logique et Analyse*, avril 1959, nº 6-7, p. 144.
(26) *Ibidem*, 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

térisent l'usage du terme « logique » lorsqu'il est appliqué au domaine juridique.

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 thématisée. 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 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

(29) J. STONE, *op. cit.*, p. 302.
(30) H. DE PAGE, *De l'interprétation des lois*, *op. cit.*, p. 25.
(31) En ce sens, L. HUSSON, *Les apories de la logique juridique* in *La logique juridique*, travaux du IIe 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.

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. 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'une 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

(33) M. VILLEY, *Liminaire : données historiques* in *Archives de philosophie du droit*, 1966, XI, *La logique juridique*, p. VII (Nous soulignons).
(34) *Ibidem*, p. X.
(35) G. KALINOWSKI, *Logique formelle et droit* in *La logique juridique*, travaux du IIe coloque de philosophie du droit comparé, *op. cit.*, p. 202.
(36) M. VILLEY, *Histoire de la logique juridique* in *La logique juridique*, *op. cit.*, p. 71.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 œuvres 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 thématisé, le problème n'en est pour autant ni déplacé ni résolu.

(37) L. HUSSON, *Les apories de la logique juridique*, *loc. cit.*, p. 62.

Chapitre II

Le débat récurrent 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 œuvre 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 mytho-logique.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Nous n'anticiperons pas trop sur ces développements en soulignant d'ores et déjà combien ce concept de mytho-logique 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 mytho-logique, 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.

(1) *Archives de philosophie du droit. La logique du droit*, t. XI, Paris, 1966, pp. 204 et sv.

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 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 deux solutions sont

(2) M. BRIMO, *Logique juridique et méthode juridique* in *La logique juridique*, travaux du IIe colloque de philosophie du droit comparé, *op. cit.*, 1967, p. 222.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'impressionisme 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).

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 juridique. Au contraire, on voit nettement que les raisonnements entre lesquels les discutants hésitent sont en réalité d'application universelle » (8). Et l'auteur de

(3) *Ibidem*, pp. 220-221.
(4) *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, *The Problem of legal logic*, *Ratio*, 1960 (3), Oxford, p. 54.
(6) En ce sens, cf. J. HOROVITZ, *La logique et le droit*, *loc. cit.*, p. 46.

(7) *Essais de logique juridique* in *J. T.*, 1956, pp. 261 et sv.
(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*, 3e 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

réfuter deux arguments traditonnellement 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 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

(9) Cf. notamment, R. FEYS et M. T. MOTTE, *Logique juridique, systèmes juridiques, loc. cit.*, n° 6-7, pp. 143-147; C. PERELMAN, *Logique formelle, logique juridique* in *Logique et Analyse*, oct. 1960, n° 11-12, pp. 226-230; J. GREGOROWICZ, *Argument a maiori 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.

(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, op. cit.*, p. 39.

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'œuvre de la « prudence » du juriste que de les canaliser dans une voie qui, pour n'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'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, Gardies, 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 juridi-

(13) G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, *op. cit.*, p. 142.
(14) *Ibidem*, p. 143.
(15) *Ibidem*, p. 7.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

que. 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 œuvre n'exige pas le recours à des règles logiques complexes.

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.

(16) *Ibidem*. p. 6.
(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.

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'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'irrationnalité. 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.

(19) U. KLUG, *Juristische Logik*, 3e 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'œuvre pratique de la *ratio*, 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 œuvre; 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

(20) G. KALINOWSKI, *Métathéorie du système des règles de l'agir* in *Revue de l'université d'Ottawa*, 31e 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*, no 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 ».
(22) G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, *op. cit.*, p. 39.
(23) *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.

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).

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

(25) G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, *op. cit.*, p. 162.
(26) *Ibidem*, p. 170.
(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* ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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;

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 devers lui, l'éminent logicien laisse percer quelque chose de la vérité que nous rappellera M. 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.

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. Engisch et 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) (28), 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* (29).

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 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 exprimé (30). 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 (31).

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 (32).

---

(28) E. EHRLICH, *Die juristische Logik*, Tübingen, 1918, p. 299.
(29) Sur la signification de cette option, cf. C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, p. 4.
(30) S. SIMITIS, *The problem of legal logic*, *loc. cit.*, 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 ».
(31) J. STONE, *Legal system and lawyers' reasonings*, London, 1964.
(32) *Ibidem*, p. 241.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (33). Le meilleur exemple 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 (34).

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 (35), 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 (36), 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 (37), ainsi, enfin, la croyance à l'univocité du langage liée à la prétention à l'unicité des solutions (38). 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 manière contraignante aux différentes catégories de juristes (39).

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'inféo-

(33) *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).

(34) *Ibidem*, p. 267.

(35) *Ibidem*, p. 35.

(36) *Ibidem*, p. 24.

(37) *Ibidem*, p. 44.

(38) *Ibidem*, p. 35.

(39) *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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

dation à des choix qu'« autre chose » conditionne (40). N'est -il pas, par ailleurs, quelque peu inconséquent de reconnaître l'efficace, sinon l'omniprésence, 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

(40) *Ibidem*, 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 sharred beliefs, emotions and aspirations in the community generally or even only its lawyer-class » (p. 26).

logique formelle et ouvrir le champ d'une logique non formelle qui répondrait aux traits de la « nouvelle rhétorique » (41).

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 » (42). 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 (43).

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-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,

(41) 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*, 2e 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 differenciated from the « logic of the rational » connected with mathematics and physics » (p. 205).

(42) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2e éd., Bruxelles, 1970, p. 2.

(43) C. PERELMAN, *Logique formelle, logique juridique* in *Logique et Analyse*, no 11-12, oct. 1960, p. 227.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » (44).

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 (45) : ainsi qualifie-t-il de « satisfaction puérile » le résultat que l'on peut attendre de la formalisation en forme de syllogisme du raisonnement juridique (46); 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 » (47).

(44) *Ibidem*, p. 228.
(45) C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, p. 3.
(46) *Ibidem*, p. 3.
(47) *Ibidem*, pp. 4 et 5.

L'appréciation nous paraît exagérément sévère — de même d'ailleurs que certains jugements du professeur Esser à l'égard de M. Klug (48) — 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 (49). 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

(48) 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.
(49) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, p. 3.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » (50). 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 (51) et dont les normes elles-mêmes ne peuvent pas toujours prétendre à une existence et une validité assurées (52), 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, 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 (53) 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

(50) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *De la temporalité comme critère de l'argumentation* in *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, 1970, p. 41.
(51) C. PERELMAN, *L'interprétation juridique* in *Archives de philosophie du droit*, t. XVII, 1972, p. 30.
(52) C. PERELMAN, *A propos de la règle de droit, réflexions de méthode* in *La règle de droit*, *op. cit.*, p. 315.
(53) C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *De la temporalité comme critère de l'argumentation*, *loc. cit.*, p. 41.

de développer (54). 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 acceptation des 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 personnalité du juge joue toujours un rôle, parfois limité, mais parfois décisif, dans le déroulement du procès et dans son issue » (55).

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 œuvre 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'œuvre du juge, personnage indépendant et responsable, réalisant

(54) C. PERELMAN, *Raisonnement juridique et logique juridique* in *La logique du droit*, *op. cit.*, p. 3.
(55) *Ibidem.*

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

la synthèse du raisonnable en s'inspirant des « valeurs qui sont dominantes » aux yeux de « l'opinion publique éclairée » (56).

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 mytho-logique — l'intérêt des thèses de M. Perelman s'avère double :

1) l'accent mis à la fois sur la subjectivité de l'auteur (57) 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;
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 (58), quand il accorde que le juge doit traiter le système juridique comme s'il était complet et cohérent (59), quand il observe la nécessité d'intégrer la décision dans la tradition des précédents (60) ou encore quand il rappelle le primat de la règle de justice exigeant le traitement égal de cas essentiellement semblables (61).

(56) C. PERELMAN, *La réforme de l'enseignement du droit et la nouvelle rhétorique* in *Archives de philosophie du droit*, t. XX, 1975, p. 165.
(57) J. STONE insistait déjà sur ce point (cf. supra, note 40).
(58) C. PERELMAN, *Raisonnement juridique et logique juridique*, *loc. cit.*, p. 3.
(59) C. PERELMAN, *Les antinomies en droit. Essai de synthèse*, in *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 395.
(60) C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, p. 7.
(61) C. PERELMAN, *La règle de jutsice* in *Justice et raison*, Bruxelles, 1963, p. 64.

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 systématicité 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.

Nous assistons donc à un retournement de la problématique de la mytho-logique : là où nous désignons la clôture de la systématicité 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'œuvre 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 (62) qui, sous cette forme ou sous d'autres versions moins raffinées, semble bien être la marque de la théorie occidentale du droit.

(62) J. LENOBLE et F. OST, *Les implicites de la théorie du juge raisonnable*, in *Annales de droit*, t. XXXVI, 3-4/1976, pp. 322 et sv.; 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 institutions 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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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.

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 » (63), 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 formelle » (64). Spécifiant ce propos, l'auteur précise qu'il entend le terme « logique » dans un sens restreint (« art de bien conduire sa pensée ») (65), 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 (66). Plus généralement encore, la logique juridique opère la traduction, la transformation du réel en « réel juridique » (67), 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 » (68) ou encore « en logique juridique, il ne peut y avoir plusieurs vérités » (69). Conclusion : la logique formelle est « l'agent de l'autonomie de l'instance juridique » (70).

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 » (71). A la différence de la logique formelle, la logique

(63) M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, p. 203.
(64) *Ibidem*, p. 203.
(65) *Ibidem*, p. 201.
(66) *Ibidem*, p. 205.
(67) *Ibidem*, p. 206.
(68) *Ibidem*, p. 205.
(69) *Ibidem*, p. 207.
(70) *Ibidem*, p. 208.
(71) *Ibidem*, p. 213.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » (72). Une telle approche, si elle est appliquée « directement et totalement » au domaine du droit (ce par quoi M. Miaille critique la méthode de Poulantzas, cf. *infra*) (73), 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 » (74). 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 » (75).

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 » (76). 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 » (77).

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 sociétaires contradictoires. Cette contradiction ne s'explique que par la confusion 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 thématisation 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) (78) 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 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 juri-

(72) *Ibidem*, p. 209; l'auteur cite ici M. Villey.
(73) *Ibidem*, p. 213.
(74) *Ibidem*, p. 213.
(75) *Ibidem*, p. 214.
(76) *Ibidem*, pp. 214-215.
(77) *Ibidem*, pp. 225-226.
(78) *Ibidem*, p. 218.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

diques » (79) 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 » (80). 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'efficace des idéaux logiciens qui s'accompagne d'un refus de cette hypothèse (81) : du fait de son 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.

(79) *Ididem*, 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 ?

(80) A. JEAMMEAUD, *Compte rendu d'une introduction critique au droit* in *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique*, 1978, nº 2, p. 197.

(81) 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 féru 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 ».

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 (82), 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 l'opposition de l'auteur avec les thèses de N. Poulantzas (83), 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 sociétaire 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 (84).

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 (85), 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.

(82) Ce glissement n'a pas échappé non plus à A. JEAMMAUD, *loc. cit.*, p. 196 qui dénonce « l'erreur épistémologique » de M. Miaille.

(83) M. MIAILLE, *op. cit.*, p. 212.

(84) N. POULANTZAS, *Dialectique hégélienne-marxiste et logique juridique moderne* in *La logique du droit*, *op. cit.*, p. 155.

(85) H. KELSEN a également dégagé ce caractère essentiel du droit moderne, cf. *Théorie pure du droit*, trad. par C. EISENMANN, Paris, 1962, p. 258.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (86).

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 » (87), ce qui suggère bien la séparation entre le plan technique et le plan heuristique.

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 (88).

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

(86) Sur tout ceci, cf. N. POULANTZAS, *Nature des choses et droit. Essai sur le dialectique du fait et de la valeur*, Paris, 1965, pp. 264-265.
(87) *Ibidem*, p. 265, note (44).
(88) *Ibidem*, pp. 256 et sv.

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 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (89).

S'opère alors le passage vers des « ailleurs » doués du pouvoir explicatif final : prudence chez M. Kalinowski, valeurs sociétaires dominantes chez MM. Stone et Perelman, intérêts économiques dominants chez M. Miaille.

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.

(89) 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.

TITRE II

TENTATIVE DE DEPASSEMENT : L'EMERGENCE D'UNE CONCEPTION MYTHO-LOGIQUE DE LA RATIONALITE JURIDIQUE

Chapitre I

Position de l'hypothèse mytho-logique

Section 1. L'hypothèse de M. Legendre

La connaissance scientifique ne progresse qu'à mesure de son distanciement 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 théo-

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

rique 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

(1) En ce sens, cf. J. FLORENCE, *Discours psychanalytique et discours juridique : remarques sur l'interprétation* in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, *op. cit.*, pp. 556 et sv.

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).

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'œuvre 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 incohatifs : 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 » (A. C. 25).

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'œuvre 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).

(2) En ce sens, E. ENRIQUEZ, *Du crime au groupe, du groupe à l'Etat* in *Pouvoirs*, 1979, 11, p. 45.

(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).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » (A. C. 25) et encore : « le système juridique fonctionne pour tamiser, décolorer et recolorer, détruire et reconstruire en vue du grand œuvre : dresser à l'amour du Pouvoir » (A. C. 38).

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 mène 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* » (A. C. 74, 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 » (A. C. 77).

Impossible ici de ne pas se référer à MM. Deleuze et Guattari qui déclaraient 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 le 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.

Il est très important de comprendre que cette parole du Pontife est à la fois objet d'amour, selon les indications de Freud, mais

(7) G. DELEUZE et F. GUATTARI, *L'anti-Œdipe. Capitalisme et schizophrénie*, Paris, 1972, p. 207.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

aussi, nécessairement, science rigoureuse, savoir absolu opérant définitivement le départ entre le permis et l'interdit, le vrai et le faux (A. C. 77). 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 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.

(8) G. DELEUZE et F. GUATTARI, *op. cit.*, p. 245.

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 signifés 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 « 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 ecclésiale. Le droit romain s'inscrit alors, comme le remarque M. Thomas (12), au fronton du temple de la loi — tout

(9) *Ibidem*, p. 247.

(10) *Ibidem*. 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, M. Legendre d'autre part.

(11) J. ELLUL, *Loi et Sacré, Droit et divin. De la loi sacrée au droit divin* in *Rivista internationale di filosofia del diritto*, 1974, nº 2, p. 206.

(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 ... ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (A. C. 193). A partir du modèle archétypique de la théocratie pontificale s'opèrent des recopiages variés 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 » (A. C. 76). 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.

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 sûrement pas historique. Une telle production s'attache à nier la mort des institutions, en intégrant le passé dans l'éternel présent du mythe (J. P. 163). 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 » (A. C. 234). La thèse est d'importance car, minimisant les idéologies au profit du mythe fondateur, elle s'empêchera d'avaliser la théorie marxiste.

(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).

Tout ceci éclaire l'aspect mythique de la mytho-logique 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 œuvre.

Et d'abord le Texte. Tout comme la mytho-logique 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 œuvre 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 (A. C. 91). 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 (A. C. 95).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Ce postulat initial, mis en œuvre 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'infaillibilité du Pontife. Confondant leur texte avec la raison universelle (J. P. 160), 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 (A. C. 96). « 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 » (J. P. 165).

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 » (A. C. 96).

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 mœurs 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 » (A. C. 111). A l'arbitrage 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 mytho-logique 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 mytho-logique 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

C'est en puisant à cet univers fantasmatique, à ce réservoir mytho-logique, 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 » (J. P. 54) : 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 mytho-logique transforme le législateur en Pontife, la loi en Texte; le juriste ne pouvait échapper à cette transcription 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 à 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 » (J. P. 161).

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 thématisation plus approfondie, l'enjeu théorique des grands courants de la philosophie du droit (cf. *infra*, troisième partie). Avant de procéder à cette confrontation, 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'une 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

(14) F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, 1954. Dans la suite nous citerons cet ouvrage dans le cours du texte par les lettres M. I. 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 œuvre dans le dispositif issu de la révolution de 1789.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 à l'étranger, se sont emparés de ses thèmes 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.

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 mytho-logique.

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 » (M. I. 28). 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 » (M. I. 148) (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 rapporter aux termes mêmes dans lesquels l'auteur décrit cette réapparition du législateur sur la scène juridique pour se persuader de la permanence du fondement mytho-logique 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 cha-

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » (M. I. 70) 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 souscrivons 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. Sur ce dernier point nous laisserons ici la question ouverte non sans souligner

cune 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 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.

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 thématisée 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 œuvre, 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 » (M. I. 51).

L'explication par la tradition et l'autorité est exacte; elle embarasse 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 possiblité 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

(17) Cf. P. GRIMAL, *Dictionnaire de la mythologie grecque et romaine*, Paris, 1963, p. 315.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 lorsque 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 tunique 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.

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 superstitutions de l'esprit.

Ceci nous amène à aborder le second volet de l'œuvre 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'œuvre 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'œuvre 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 pleine 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, devrons-nous consentir que l'omnipotence législative a, elle aussi, ses bornes logiques et nécessaires » (M. I. 114). Et d'en déduire, par un de ces glissements typiques du lien entre mythologie et méthode, que deux lois contemporaines qui présenteraient une contradiction irréducti-

(18) P. LOMBARD, *Discours sur le Code civil allemand*, cité par F. GENY, *op. cit.*, p. 69, note (1).

(19) Cf. aussi J. DABIN, *Théorie générale du droit*,, nvelle 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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

ble, 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 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).

(20) E. BOUTMY, *Des rapports entre les études juridiques et les études politiques*, cité par F. GENY, *op. cit.*, p. 216, note (1).

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'œuvre, *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 technique 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* tout entière qui s'inscrit dans l'horizon de la perfection et de la raison. Une telle idée d'infaillibilité 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,

(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*, *op. cit.*, 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 buth the mouthpiece of norms already existing (...). This subjective belief is hield 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. 460.

(23) En ce sens, J. STONE, *op. cit.*, p. 237.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 mise en œuvre d'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 doive 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 débuter 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).

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 mytho-logique.

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 —

(24) A. DAVID, *La cybernétique et le droit* in *La logique juridique, op. cit.*, p. 149.
(25) C. ALCHOURRON et E. BULYGIN, *Normative Systems, op. cit.*, p. 6.

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 (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 sociopolitiques. Il faut ensuite remarquer que l'opération d'épuration du droit de ses éléments « mythiques et émotifs » est une tâche impos-

(26) *Ibidem*, pp. 176 à 178.
(27) *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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

sible. 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 qui 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 compréhension 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 œuvre. 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 œuvre 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 » (M. I., 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, substitut 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 » (M. I., t. II, 99-100). Peu importe, en effet, du point de vue du Texte, que soient 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 » (M. I., t. II, 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

(29) En ce sens, cf. Z. ZIEMBINSKI, *La notion de rationalité du législateur* in *Archives de philosophie du droit*, 1978, p. 178.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

est « en dehors et au-dessus des faits » (M. I., t. II, 89) : c'est « la loi de leur harmonie, le principe d'ordre qu'ils requièrent » (M. I., t. II, 92). De telles règles, susceptibles de donner naissance à un « droit commun positif » (M. I., t. II, 89), se dégagent « sous le contrôle de principes supérieurs de pure raison et d'absolue justice » (M. I., 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 œuvre par le juriste. Juriste qui d'emblée se conforme aux règles non écrites d'une méthodologie systématisante et raréfiante, 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

(30) J. DABIN, *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 208.
(31) *Ibidem*, p. 209.

d'évoquer la vérité contenue dans la référence à la tradition juridique comprise comme « tunique de Nessus ».

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 reclôturer l'espace de jeu, un instant entrevu, où auraient pu se dire les termes du conflit, s'exprimer les contradictions sociétaires.

Quelques contre-épreuves assoient encore cette conviction. Il s'agit de l'exorcisation par Gény du mauvais esprit (comprenons : 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 » (M. I., t. II, 82).

A propos de la coutume : « il faut rejeter une coutume irrationnelle au nom d'une nécessité sociale plus impérieuse » (M. I., 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 » (M. I., 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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, 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

(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 essaient 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.

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 M. 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 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 com-

(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*, *loc. cit.*, 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.

(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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

mune réduction à la personne du Pontife. Leibniz en son temps faisait déjà pareille observation : « tous les jurisconsultes des Pandectes, quoique assez éloignés quelquefois 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 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).

(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.

(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.

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 démarche intellectuelle mise en œuvre, 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

(42) Cf. en ce sens, J. STONE, *op. cit.*, p. 287.

(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).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 « *eleganter 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 gentium* 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'ordonnancement 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 XVII[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 œuvres 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

(45 P. FORIERS, *L'état des recherches de logique juridique en Belgique* in *La logique juridique*, *op. cit.*, p. 113.
(46) P. STEIN, *Elegance in law* in *The law Quartely Review*, 1961, p. 248.

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 mytho-logique : elle opère en ce point précis où le rationnel et l'affectif conjuguent leurs puissances pour nous donner à croire en la bonne loi.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Chapitre II

Discussion de l'hypothèse 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'œuvre 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

(1) M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5e 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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, œuvre 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 bouleversement 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.

(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.

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 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 dispositifs 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 romain, 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 mytho-logique. 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

(5) P. GODDING, *L'interprétation...*, *loc. cit.*, 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

et le patrimoine juridique des pays colonisés (6). Suivant en cela 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 qui affectera la doctrine juridique : 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).

(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 progès » cité par E. LE ROY in *Domination ou Partage ? Développement endogène et transfert des connaissances*, Paris, Unesco, à paraître avant fin 1980.

(7) P. GODDING, *L'interprétation...*, *loc. cit.*, p. 452.

(8) *Ibidem*, p. 462.

(9) En ce sens, cf. J. GILISSEN, *Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne* in *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1967, p. 221.

(10) P. GODDING, *L'interprétation ...*, *loc. cit.*, 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'œuvre 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 œuvre 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 rapporte 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, personnification de la loi et de l'ordre (12).

Tel est effectivement le niveau auquel Hobbes entend se situer, qui qualifie son œuvre 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, 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

(11) En ce sens, *La Sainte Bible*, nouvelle version SEGOND revisée, 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. HOBBES, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile*, trad. par F. TRICAUD, Paris, 1971.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 quatrième et cinquième 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 œuvre 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).

(14) *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 ».

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).

Jamais semble-t-il la dérive mytho-logique 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 croise-

(15) *Ibidem*, p. 289.
(16) *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).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

ment 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 corrélative. 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 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 Pisier-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).

---

(17) ROBESPIERRE, *Discours et rapports de la convention*, édités par M. Bouloiseau, Paris, 1965, p. 131.

(18) A. J. ARNAUD, « Communication au séminaire de pensée politique » (Jean Duprat), juin 1975, cité par E. PISIER-KOUCHNER, *L'obéissance et la loi : le droit* in *Histoire des idéologies*, t. III, Paris, 1978, p. 124; cf. aussi G. MAIRET, *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 commencement du modèle étatique ».

(19) E. PISIER-KOUCHNER, *L'obéissance...*, *loc. cit.*, p. 125.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

« 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 soulignent 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 cœur 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 réinsuffler de l'*Urstaat* originel dans le nouvel état de choses, à le rendre autant que possible 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).

(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.

(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 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

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 postulat 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.

les rapports sociaux qui, à la limite, peuvent fonctionner sans modèle transcendant à reproduire.

(23) CONDORCET, *Essai sur les assemblées provinciales*, 2^e partie, art. VI.

(24) MABLY, *Doutes sur l'ordre naturel des sociétés politiques*, *Œuvres*, 1792, t. XI, livre 7.

(25) SIEYES, *Discours à l'assemblée constituante*, 7 sept. 1789, *Arch. Parl.*, 1^re série, t. VIII, p. 594.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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).

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 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 réglementer dans leur abstraction et leur généralité. Disposant ainsi par voie de 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

(26) MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, I, 3.
(27) J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social* in *Œuvres complètes*, t. III, Coll. La Pleïade, Paris, 1975, p. 380.
(28) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. II, p. 3.
(29) *Ibidem*, t. I, p 10.
(30) LOCRÉ, *Législation civile*, t. I, p. 112.

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'un alignement sur les préceptes de la juste raison.

Techniquement, la notion révolutionnaire de la représentation nationale repose sur trois propositions qui tendent toutes 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, titre III, chapitre II, section 1). Voilà donc désigné le foyer réel du nouveau pouvoir mis en place : la loi en sa perfection raisonnable.

(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, nº 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 coprs — est ainsi réactualisé.
(33) *Ibidem*, p. 25.
(34) *Ibidem*, p. 24.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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 reconue 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'œuvre 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.

(35) E. WEIL, *Philosophie politique*, Paris, 1956, p. 164.

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.

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 mytho-logique : « la loi, même issue des débats de l'assemblée, soutenue et attaquée au nom de tendances strictement politiques, 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 réglementations imposées par les exécutifs en liaison à l'établissement progressif de ce qu'il est convenu d'appeler la « bureaucratie »

(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, *Essai sur l'évolution ...*, *loc. cit.*, p. 24.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 de 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) — mais 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 mytho-logique de la loi. Constatant que « l'Ecole libérale a ruiné l'idée d'une plénitude logiquement nécessaire 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.

(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 transparaît de cette appartenance (et de la nécessaire adhésion idéologique qu'elle entraîne) dans l'exercice de leur office judiciaire ainsi qu'en témoigne P. 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, nº 1-3, p. 277).

(40) G. BURDEAU, *Essai sur l'évolution ..., loc. cit.*, p. 42.

(41) *Ibidem*, p. 43.

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 mytho-logique.

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 mytho-logique.

Section 2. Mytho-logique et imaginaire

L'analyse de la rationalité juridique en termes de mytho-logique, 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

(42) *Ibidem*, p. 29; le passage suivant vise le droit social, « droit sans certitude et sans technique ».

(43) *Ibidem*. p. 55.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

de cette approche, elle n'épuise pas, nous semble-t-il, la richesse de la mytho-logique 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, 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 dans 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.

(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.

Il s'agira d'abord, à la suite de MM. Castoriadis et Ricœur 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 sociétaires 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

« Un champ de mines », « un nœud d'apories », telle se présente aujourd'hui, selon M. Ricœur (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 déterminité 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 entraîne 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 œuvre. Il est symptomatique de constater, avec M. Castoriadis, que ces deux ouvertures sont elles-mêmes partielles 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 cœur 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

(45) P. RICŒUR, *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, nº 3, Paris, p. 151.
(47) *De l'âme*, livre III, chap. 7 (431 a 14-432 a 14), trad. C. CASTORIADIS, *loc. cit.*, pp. 156-157.

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 œuvres — 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 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 œuvre, 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

(48) C. CASTORIADIS, *ibidem*, p. 188.
(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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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. Ricœur et Castoriadis la reprennent aujourd'hui.

M. Castoriadis tente de théoriser un imaginaire radical dont chaque société serait dépositaire; c'est à cette société « instituante » qu'il revient dès lors de créer sa propre histoire. La pensée de M. Castoriadis débouche ainsi sur l'exigence révolutionnaire; c'est que toujours la spontanéité instituante s'aliène dans ses œuvres instituées. Où l'on rejoint M. Ricœur 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. Ricœur 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

(51) P. RICŒUR, *L'imagination dans le savoir ..., loc. cit.*, p. 228.
(52) *Ibidem*, p. 220.

objective, crée les multiples médiations constitutives du lien social. Mais celles-ci, à peine produites, s'objectivent 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, 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 corrélative de discours animés d'une logique propre

(53 C. CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, 1975, p. 160, note 2.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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.

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 symbolisme 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 devrons 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

(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.

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.

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'Œdipe 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, qui ne vieillit pas » (58). C'est encore la même vérité qui sous-tend

(57) *Ibidem*, p. 170.
(58) *Œdipe Roi*, 865-871, cité par C. CASTORIADIS, *op. cit.*, p. 183.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 stratégies : 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'efficace, 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'œuvre 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 celle-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 mytho-logique.

Reste maintenant à entamer un ultime débat, déjà partiellement amorcé dans la présente section, entre mytho-logique et idéologique. 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 mytho-logique.

(59) *Ibidem*, p. 179.

(60) M. PLON, *La théorie des jeux : une politique imaginaire*, Paris, 1976.
(61) C. CASTORIADIS, *op. cit.*, p. 219.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Section 3. Mytho-logique 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 mytho-logique 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 fausse, aliénée : elle s'opposera toujours dans la pensée marxienne à la science qui surmonte son aliénation originaire 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 dessinée 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 font 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 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

(62) Le premier à l'utiliser est DESTUTT DE TRACY, *Eléments d'idéologie*, Paris, 1826, 2e 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 ».
(65) K. MARX et F. ENGELS, *L'idéologie allemande*, *op. cit.*, p. 316.

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 dans la mesure où ils se rapportent de près à ce que nous savons déjà de la mytho-logique. 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 des structures cachées des événements; tel est bien en effet le profil du discours mytho-logique 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

(66) F. ENGELS, *Anti-Dühring*, Paris, 1971, p. 355.
(67) En ce sens, M. GODELIER, *Horizon, trajets marxistes en anthropologie*, Paris, 1973, p. 331.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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 conférait « 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 corrélative 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 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

(68) *Ibidem*, p. XI.
(69) K. MARX, *Le Capital*, 1, IV, Bibl. de la Pléïade, Paris, 1965, p. 606.
(70) *Ibidem*, 1, I, p. 158.

(71) *Ibidem*, 1, III, p. 208.
(72) *Ibidem*, 1, IV, p. 607.
(73) En ce sens, M. MIAILLE, *op. cit.*, p. 108.
(74) *Ibidem*, p. 107.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

norme, la Raison (jadis, le Roi) que l'auteur orthographie 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 institutions 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 thématisé 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

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-mêmes

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, mystifications, 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.

(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*, *op. cit.*, t. III, pp. 172 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

aliénés (79). M. Althusser attribue cette position au « jeune Marx »; cependant, la lecture des œuvres 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, aliénée, 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.

Voilà donc le socle théorique qui explique les retombées fonctionnalistes observées dans le champ de la théorie marxiste du

(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.

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, superstructure-base, etc... Même observation chez M. Ricœur (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. Ricœur 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 fétichisme de la marchandise n'est pas « le reflet des rapports réels mais celui d'un monde déjà transformé, enchanté. Reflet de reflet, fantasme de fantasme » (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 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.

(82) N. POULANTZAS, *Pouvoir politique et classes sociales*, t. II, Paris, 1972, p. 15.
(83) P. RICŒUR, *Science et idéologie* in *Revue philosophique de Louvain*, 1974, p. 345.
(84) S. KOFMAN, *Camera obscura. De l'idéologie*, cité par P. RICŒUR, *loc. cit.*, p. 345.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 premier 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

(85) M. FOUCAULT, *L'Arc*, nº 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.

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 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.

(88) En ce sens, cf. P. RICŒUR, *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).
(89) C. LEFORT, *Les formes de l'histoire. Essais d'anthropologie politique*, Paris, 1978, p. 290.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'U. R. S. S. (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 prélèvement sur l'énergie originairement 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. Ricœur désigne comme « obturation du possible » et « clôture idéologique » (93), ce qui

(90)La première proposition est amplement démontrée par les travaux de M. GODELIER, la seconde est affirmée notamment par L. ALTHUSSER, *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. RICŒUR, *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).

(93) *Ibidem*, p. 334.

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 majorité par la minorité, et le consentement de celle-ci à cette situation, s'opèrent 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 construction symbolique du lien social lui-même. Ce faisant, nous rejoignons notre

(94) M. GODELIER, *Pouvoir et langage* in *Communications*, nº 28, 1978, p. 26.

(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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

conception de l'imaginaire central constitutif des formes et discours institutionnels (la mytho-logique) 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 « mytho-logique » 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 « mytho-logique » trouvera en effet encore à se renforcer de cet enseignement.

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

(96) Cf. par exemple, P. DUJARDIN, *Nouvelles interrogations sur la théorie de l'idéologie chez Althusser* in *Procès*, 1978, pp. 137 et sv.
(97) L. ALTHUSSER, *Idéologies et appareils idéologiques d'Etat*, *loc. cit.*,
(98) *Ibidem*, p. 104.
(99) *Ibidem*, p. 118.

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'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 irradient 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).

(100) *Ibidem*, p. 118.
(101) *Ibidem*, p. 210. 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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 mytho-logique.

(102) *Ibidem*, p. 117.

Troisième partie

Philosophie du droit et rationalité mytho-logique

Analyse de la mytho-logique juridique

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

TITRE I

ELEMENTS POUR UNE LECTURE MYTHO-LOGIQUE DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT : DE L'EPISTEMOLOGIE A LA PSYCHANALYSE

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, 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 la rationalité qui traverse les représentations les plus typiques du droit qui ont éclos dans la philosophie occidentale, à savoir les théories aristotélicienne, kantienne et kelsenienne.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Ce questionnement du discours de la philosophie du droit nous permettra d'appréhender plus en profondeur la nature et l'efficace de la rationalité mytho-logique 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 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 que nous donnons à l'analyse de la philosophie du droit.

2. La deuxième question concerne la démarche mise en œuvre. 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 XX^{e} 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.

Il en va de même pour l'existentialisme juridique, quand on sait la déconstruction de la métaphysique occidentale à laquelle s'est livré M. Heiddeger 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.

---

(1) Cette dernière idée est bien exprimée par M. 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 Phalla-cieuse — 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 XX^e 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 mytho-logique.

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.

(3) G. FASSO, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, 3e édit., Bologne, 1974, p. 409.

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'œuvre 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, 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 mytho-logique 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 (mytho-logique), 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 construit 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 herméneutique 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 œuvre le droit, de toujours mieux assurer l'auto-reproduction des mécanismes de l'assujettissement au pouvoir (6).

(4) Cf. plus spécialement, *Analytische Wissenschaftstheorie und Dialectik* in Th. Adorno und alii, *Der Positivismusstreit 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.

(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 pourrons 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.

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 à notre hypothèse qu'à l'outil épistémologique préalablement mis en œuvre; 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.

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 psychana-

(7) J. FLORENCE, *Discours psychanalytique et discours juridique : remarques sur l'interprétation*, *loc. cit.*, p. 556.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

lyse peut entraîner, nous n'en voulons retenir que l'efficace de cette annonce, irrécupérable par les savoirs en place (8) (9).

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 œdipienne) (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 la psychanalyse (chapitre II).

(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 autres, la recherche de M. Lacan dont, par ailleurs, la propre affirmation de n'être point « définiteur de doctrine » exemplifie peut-être ce projet d'une science non réductible à un discours de vérité. (Cf. 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).

(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 épistémologique
Le débat contemporain

Introduction

Provoqué par le développement sans précédent des sciences, le débat épistémologique s'est considérablement modifié et approfondi au cours du XX^e^ 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'œuvre et dissolvent ainsi un certain nombre de représentations illusoires 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 interpeller les sciences de l'homme (parmi lesquelles on rangera la science du droit), ces images trompeuses sont le plus sou-

(1) Sur le caractère interprétatif des sciences « exactes », cf. J. LADRIERE, *L'articulation du sens*, *op. cit.*, pp. 35 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

vent 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 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.

(2) En ce sens, P. BOURDIEU, J. C. CHAMBOREDON, J. C. PASSERON, *Le métier de sociologue*, Paris, 1973, p. 26.

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). 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

(3) J. LADRIERE, *Langage scientifique et langage spéculatif* in *Revue philosophique de Louvain*, 1971, p. 250.

(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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

contraire l'univers du discours se soutient de lui-même, laissant le réel à son opacité native.

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, dans 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*, *op. cit.*, 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. 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;
— 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.

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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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.

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 — 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 ») (8).

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 « œuvre 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 » (9).

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.

(8) J. DABIN, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 208.

(9) 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 » (*op. cit.*, p. 46).

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 (10), 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.

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,

(10) En ce sens, P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, 1964, p. 288.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » (11).

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 avait pour corps le livre » (12). 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) (13).

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 et mytho-logique en étant d'autant renforcée. Ainsi, on peut 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 discerner les manifestations toujours rapportées au foyer rationnel de la cohérence.

(11) E. BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion* in *Œuvres 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 le 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).

(12) 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 ».

(13) En ce sens, P. RAYMOND, *Le passage au matérialisme*, *op. cit.*, p. 223.

Section 2. Le sens de la rupture bachelardienne

Contre ces représentations idéalistes et fixistes du savoir, Bachelard a dressé l'ensemble de ses écrits.

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 » (14). 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 (15).

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 » (16),

(14) G. BACHELARD, *Noumène et microphysique*, *loc. cit.*, p. 20.

(15) Cf. K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, trad. par N. THYSSEN, 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 ».

(16) G. BACHELARD, *Le matérialisme rationnel*, Paris, 1953, p. 142.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

c'est que « l'objet n'est pas un objectif immédiat » (17). Dans ces conditions, la théorie produit le réel : « le réel n'est plus que réalisation » (18); 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 (19).

A ce sur-objet, à cet objet second, correspond un « dualisme de seconde position » qui est fait de « raison réalisée » (20), 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 » (21).

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 (22). 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 » (23).

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

(17) G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, 1938, p. 239.
(18) G. BACHELARD, *La philosophie du non*, Paris, 1940, p. 58.
(19) *Ibidem*, p. 139.
(20) G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, 1968, p. 5.
(21) *Ibidem*, p. 11.
(22) 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 ».
(23) K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, *op. cit.*, p. 107.

produit d'une démarche inductive menée à partir d'expériences factuelles que le résultat d'un mouvement de formalisation lié à une pratique expérimentale.

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.

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 (24).

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 » (25).

A la réflexion, il apparaît que l'abandon de la prétention à vérifier la science entraîne un bouleversement plus important encore : c'est

(24) J. LADRIERE, *Langage scientifique et langage spéculatif*, *loc. cit.*, p. 259.
(25) P. BOURDIEU, J. C. CHAMBOREDON, J. C. PASSERON, *op. cit.*, p. 109.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

l'idée même de vérité — croyance que la science a pour objet le vrai — qui est désormais considérée comme inutile par la pratique scientifique (26). A tout le moins est abandonné le critère de vérité-correspondance (27); 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 œuvre : 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 œuvre 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 (28). Le savoir multiplie les ruptures et se contraint à une perpétuelle réorganisation (29). La science prend conscience de

(26) 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 ».

(27) J. LADRIERE, *L'abîme* in *Savoir, faire, espérer. Les limites de la raison*, t. I, Brux., 1976, pp. 176-177.

(28) 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 ».

(29) G. CAVAILLES, *Sur la logique et la théorie de la science*, 3e éd., Paris, 1976, 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 ».

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 » (30).

Section 3. L'obstacle épistémologique

Le concept le plus central de la pensée bachelardienne est sans doute celui d'« obstacle épistémologique », dans la 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 (31).

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 « raréfaction » (32).

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 soli-

(30) 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 ».

(31) On trouvera une analyse très fouillée de ce concept dans D. LECOURT, *L'épistémologie historique de G. Bachelard*, Paris, 1974, pp. 52 et sv.

(32) M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Paris, 1971, *passim*.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

daire 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 (33).

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 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

(33) 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 ».

rassemble), l'explication par l'unité de la nature, par l'utilité des phénomènes, etc. (34).

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. 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 (35).

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 œuvre 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

(34) Sur tout ceci, cf. G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, *op. cit.*, Chapitre I.

(35) 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'Ecole de criminologie de l'U.C.L., *La notion de dangerosité a-t-elle encore un sens ?*, Louvain-La-Neuve, 1979.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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.

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 économico-institutionnel du savoir*. Ce n'est pas un 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 œuvre. Ainsi, au XVIII[e] 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 (36).

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 (37). 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 (38). 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

(36) G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, *op. cit.*, pp. 24 à 34.

(37) 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 ».

(38) En ce sens, J. LADRIERE, *Les enjeux de la rationalité*, Paris, 1977, p. 27.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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. (39).

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 (40).

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 de le conquérir, à une théorie complaisante à leurs désirs, c'est-à-dire aux idéologies sociales » (41). 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 (42).

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

(39) Cf. en ce sens, P. BOURDIEU, J. C. CHAMBOREDON, J. C. PASSERON, *op. cit.*, pp. 103 à 113.
(40 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 ».
(41) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e édit., trad. C. EISENMANN, Paris, 1962, p. X.
(42) P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, *op. cit.*, pp. 369 et sv.

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 (43).

Ce n'est pas l'objet de cet ouvrage que de poursuivre dans cette voie (44). 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 idée 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 » (45), 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 discours ne peut que la méconnaître et, bien plus, en bloquer le déroulement progressif ? Ces traits sont à trouver, selon Bachelard,

(43) Cf. notamment, *L'ordre du discours*, *op. cit.*
(44) Comprise de manière fonctonnaliste, 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'elle est élaborée par le courant marxiste.
(45) D. LECOURT, *Bachelard. Le jour et la nuit*, Paris, 1974, p. 132.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

dans certains couples conceptuels qui scandent une théorie de la connaissance où se repèrent ces éléments spécificateurs du discours philosophique que sont sa recherche fondationnelle et sa « clôture spéculaire ».

La lecture philosophique du problème de la connaissance s'enracine en effet 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 ? ») (46), 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 en place 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 » (47) ? 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 » (48).

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 d'un 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 » (49), s'inscrit elle-même dans une clôture qui est l'effet de celle de la philosophie.

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 » (50), par quoi se marque ce fait que le principe de raison (selon lequel *nihil est sine ratione*) est le principe déterminant de nos comportements.

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 posé comme indérivable, le principe de raison « est un point d'arrêt pour la pensée » (51). 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 (52), 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

(46) 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*, 4e édit., Paris, 1974, p. 26.
(47) D. LECOURT, *Une crise et son enjeu*, Paris, 1973, p. 36.
(48) *Ibidem*, p. 37.

(49) L'expression est de L. Althusser, *Lire le capital*, t. I, Paris, 1975, p. 62.
(50) M. HEIDEGGER, *Le principe de raison*, traduc. fr. par A. PREAU, Paris, 1962, pp. 44-45.
(51) *Ibidem*, p. 120.
(52) *Ibidem*, pp. 237-238.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » (53).

La métaphysique, qui « nomme l'être et vise l'étant en tant qu'étant » (54), devient, sur le plan ontologique, « l'obstacle qui interdit à l'homme la relation originelle de l'être à l'essence de l'homme » (55) 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.

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 indue de ce qui de soi ne saurait être autonome » (56). 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 ».

(53) *Ibidem*, p. 131.
(54) M. HEIDEGGER, *Questions I*, traduct. fr. par H. CORBIN, P. MUNIER, A. DE WAELHENS, W. BIEMEL, G. GRANEL, A. PREAU, Paris, 1968, p. 29.
(55) *Ibidem*, p. 30.
(56) J. LADRIERE, *L'abîme*, *loc. cit.*, pp. 189-190.

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 systématicité 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.

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, « déceler les obstacles épistémologiques, c'est contribuer à fonder les rudiments d'une psychanalyse de la raison » (57). 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 » (58), soit en relevant l'animisme qui préside à nombre de représentations scientifiques et sa relation à la libido (59).

(57) G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, *op. cit.*, p. 19.
(58) *Ibidem*, p. 46.
(59) *Ibidem*, pp. 201 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Les analyses de l'auteur sur ce plan, tout en étant plus suggestives que très 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 » (60), ou bien qui est « avide de ces joies totalitaires du propriétaire » (61), le savoir étant ainsi comparé à un bien. 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 (62).

Cette image du miroir suggérée par Bachelard (63), 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.

(60) *Ibidem*, p. 7.
(61) *Ibidem*, p. 239.
(62) *Ibidem*, p. 148; voy. aussi, pp. 83, 194, 241, 248.
(63) *Ibidem*, p. 241.

Chapitre II

Approche psychanalytique : Signification analytique de la rationalité du discours (méta-) 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.

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 le 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 la théorie psychanalytique que nous pensons trouver les éléments de nos réponses. Le choix de l'outil analytique se justifie par deux raisons principalement.

D'abord, il permet à la fois de dénoncer les « fausses » clôtures et d'interroger la production même de la clôture pour la référer à

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'institue 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). 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 œdipienne 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

(1) J. LACAN, *Subversion du sujet et dialectique du désir* in *Ecrits*, Paris, 1966, pp. 793 et sv.; cf. 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 WAELHENS (*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'œuvre freudienne n'obéit pas à ce schéma ».

repérer la dérive mytho-logique 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 mytho-logique du discours juridique, tel est donc l'objet de cette section. 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 enfantine 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

(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.
(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 existentiale*, 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*, VIe Colloque de Bonneval, 1960, Paris, 1966, pp. 371 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 reconnaissions 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. 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 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

(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.
(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.*, pp. 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

profit du mode d'être de la négativité où « 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'Œdipe 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'Œdipe — 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 rentrions dans les débats techniques que développe la littérature psychanalytique. Nous nous contenterons 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),

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. 40-42), 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 ... ».
(13) A. DE WAELHENS, *op. cit.*, p. 43.
(14) *Ibidem*, p. 63.
(15) J. LACAN, *Propos sur la causalité psychique*, *loc. cit.*, p. 178.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

à savoir l'identification spéculaire, formatrice du moi-idéal (stade du miroir tel qu'il est analysé par M. Lacan) et les identifications secondaires qui marquent la résorption du complexe d'Œdipe, formatrices de ces autres instances du moi que sont le surmoi et l'idéal du moi (16).

§ 1. Le stade du miroir et l'identification speculaire

Référence est ici faite à l'expression jubilatoire de l'enfant d'environ six 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 imaginairement 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 imaginairement, 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 nœud imaginaire absolument essentiel (que)... la psychanalyse a... admirablement désigné sous le nom de narcissisme » (20); où se repère l'agressivité du sujet de s'éprouver dans

(16) Comme nous l'avons 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 cf. notamment J. FLORENCE, *op. cit.*, pp. 210 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.

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'œuvre d'auto-signifiance 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'égaler 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. 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 repéreront les symptômes d'une discursivité systémique.

(21) Comme le signale A. DE WAELHENS, « 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 WAELHENS, *op. cit.*, p. 54.

(24) Remarquons avec A. DE WAELHENS (*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) *Ibidem*, p. 58.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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). Tout 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 imaginairement 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'Œdipe 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'Œdipe a la metaphore paternelle

Au terme de l'identification spéculaire et (ce dont nous ne parlerons pas ici) (28) de l'expérience de la différence 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'œdipien par référence au mythe du même nom, qu'il nous faut maintenant rapidement décrire dans sa

(26) *Ibidem*, p. 59.
(27) J. LACAN, *Le stade du miroir comme formateur de la fonction du Je*, *loc. cit.*, p. 94.
(28) Cf. sur le complexe *d'intrusion*, notamment J. LACAN, *Le complexe, facteur concret de la psychologie familiale*, *loc. cit.*, p. 94.

« 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 œdipiennes chez l'enfant mâle, à laquelle nous nous limiterons (29), est bien connue. La préhistoire de l'Œdipe 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'Œdipe. 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.

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).

(29) Cf. sur les diverses combinaisons possibles de l'Œdipe, le travail de M. SAFOUAN, *Etudes sur l'Œdipe*, Paris, 1974.
(30) G. de VILLERS, *op. cit.*, p. 107.
(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'Œdipe sont en partie désexualisées 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,

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Quelle est la signification de cette structuration du sujet qu'opère la dissolution de l'Œdipe ? 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'Œdipe 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 œdipienne 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 ?

Comme le fait remarquer, de manière très éclairante, M. de Villers, le désir de l'enfant de s'égaler imaginairement 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'Œdipe 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'Œdipe, 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'Œdipe qu'il constitue la subjectivité et rend le sujet, par son assujettissement à la Loi qui fait du 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'Œdipe 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 raport 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 avions 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

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.

(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.

(37) G. de VILLERS, *op. cit.*, p. 246.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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).

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).

(38) J. FLORENCE, *op. cit.*, p. 224.
(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*, 3e édit., Londres, 1911.

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. 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 inexpliqués 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

(43) S. FREUD, *Totem et Tabou*, *op. cit.*, p. 99; sur cette question, cf. J. FLORENCE, *op. cit.*, pp. 73 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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).

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 œdipien. 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

(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.

(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).

à la fois sacrifier à l'évolutionnisme le plus désuet et trahir, sinon la pensée de Frazer, du moins celle de Freud.

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'Œdipe (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 phénomènes réels (51). Tout comme le primitif croit agir sur le cours des événements par la formulation ou le geste rituel, ainsi le philosophe, mobi-

(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) Dans *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.

(51) *Ibidem*, p. 218.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

lisant 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 : « 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

(52) *Ibidem*, p. 212.
(53) *Ibidem*, p. 208.
(54) J. LACAN, *La famille*, *loc. cit.*, p. 8.

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).

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 emprunté 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 ses formes ordinaires.

Appliquant cette idée au problème qui nous occupe, Freud précise : « On pourrait risquer cette sentence : un délire paranoïaque

(55) E. KANT, *Métaphysique des mœurs. 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 systémique par le biais d'un « opérateur mythologique » : le droit comme « tout organique ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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). 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 signifiance, 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 reploiement 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 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 illusoires 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), pourrons-nous trouver quelque lumière dans la typologie freudienne ?

(56) S. FREUD, *Totem et Tabou*, *op. cit.*, p. 88.
(57) *Ibidem*, p. 101; cf. aussi *D'une conception de l'univers*, *loc. cit.*, p. 217.
(58) En ce sens, cf. A. DE WAELHENS, *op. cit.*, p. 142.
(59) *Ibidem*, pp. 143 et 59.
(60) *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'emporte 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 ».
(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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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.

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

(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 mytho-logique. 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 ou l'expiation-purification se produit effectivement comme annulation de la faute-souillure.

(65) J. J. ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique* in *Œuvres complètes*, (Biblioth. La Pleïade), t. III, Paris, 1964, p. 249.

assimilable aux « solutions » qu'il 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 tend 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. 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

(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*, *op. cit.*, p. 557); cf. aussi H. BATIFFOL (*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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

le jeu et l'innovation sociétaire à une identification métaphorique qui les favorise (67).

Nous voici à pied d'œuvre. 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, de 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 dégâts, 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 lesquels 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 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).

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'œil, 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.

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 problémaque 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).

---

(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, nº 1, pp. 13 et sv.

(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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

— 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.

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 penser à la fois sa 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 ».

déploient en deux directions opposées, de l'idéalisme au réalisme, en passant par plusieurs stades intermédiaires. Peu importent 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 (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).

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 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 à 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

TITRE II

ARISTOTE, KANT, KELSEN ET LA RATIONALITE MYTHO-LOGIQUE

Chapitre I

La théorie aristotélicienne du droit

Introduction

Trois raisons justifient le choix de la théorie aristotélicienne du droit à l'effet de déceler la dérive mytho-logique 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 Stagirite. Nul mieux que lui, sans doute, n'a théorisé la rationalité juridique comme irréductible à la rationalité mathématique et à la clôture symbolique dont elle est porteuse.

Ainsi, tenter de définir la théorie aristotélicienne comme modèle de pensée assurant l'ancrage mytho-logique du droit paraît, dès l'abord, une tentative paradoxale. C'est cependant ce repérage du mytho-logique dans une pensée qui se veut non systématisante que nous allons essayer d'opérer.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

L'on voit aussi, dans le sillage de cette première justification, resurgir la spécificité de notre projet théorique : la mise en lumière du caractère mytho-logique 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

(1) Citons notamment, parmi les plus connus, M. Perelman (dans le cadre de ses recherches logiques), M. Villey et M. Schwarz-Lieberman von Wahlendorf.

(2) Cr. sur l'influence d'Aristote à l'égard du courant réaliste américain, M. HAMBURGER, *Morals and Law. The growth of Aristotle's legal theory*, New York, 1965, pp. 162 et sv.

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 subsitue 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 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. 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 présentation, dont on relèvera cependant les accents historicistes (3), revêt pour notre sujet. La pensée artistotélicienne 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 consommé 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

(3) Cf. 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. 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 ... ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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.

Sur le plan politique s'observe donc la même mutation vers une sphère laïcisée, référée à l'ordre de la rationalité : le citoyen maîtrise 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 aristolécienne du droit : tant au plan théorique (naissance de la philosophie), qu'au plan pratique (instauration du régime de la loi), Aristote cristallise la rupture avec l'ordre du mythe.

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.

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 indispensable non seulement pour comprendre la spécificité de la réflexion du Stagirite, mais aussi pour repérer au sein de cette dernière, ce que nous appellons sa trace « mytho-logique ».

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'emergence 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 se trouve ainsi évoquée l'idée de rupture pour caractériser la spécificité de la théorie artistotélicienne 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.

Nous tenterons, dans les développements qui suivent, de montrer que le processus théorique qui conduit à Aristote, par-delà l'éventuelle coupure qui en serait à la source, 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

(5) R. A. GAUTHIER et J. Y. JOLIF, *Aristote. L'Ethique à Nicomaque, introduction, traduction et commentaire*, 2e éd., t. II, 1, Louvain-Paris, 1970, p. 325; sur ceci cf. 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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.

Dikè, au contraire, constitue une personnalité cultuelle 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

(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; cf. 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.
(9) P. GUERIN, *op. cit.*, p. 18.
(10) M. HARRISON, *Thémis. A study of the social origines 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 sœur 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.

contrainte morale ») (13), signifie de moins en moins 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.

Si *Thémis* et *Dikè* constituent 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 articulera 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 V^e^ siècle avant J. C. ce que Mme J. de Romilly appelle « une aventure intellectuelle » (16) liée au fait même de cet avènement.

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, 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

(13) P. GUERIN, *op. cit.*, p. 22.
(14) *Op. cit.*, p. 25.
(15) Cet avènement, Mme J. de Romilly le désigne comme terme d'un processus politique qui se déroule du VIII^e^ au VI^e^ 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) *Ibidem*, p. 4.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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, 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 acceptation morale de cette loi, cette dernière conception étant très explicite chez Thucydide (21).

(17) *Ibidem*, p. 25.
(18) *Ibidem*.
(19) Cf. 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

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'*épieikéia*.

Il reste, et c'est ce qui nous importe à ce stade, que face à la précarité de la loi politique, on aura recours à une instance normative qui viendra 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 avec l'avènement de la loi écrite se trouve, par ce biais, réaffirmé : le vide se comble à nouveau, 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'ordonnancement réglé du *cosmos*.

Cette réinscription du droit dans un cadre fondateur qui en assure la clôture s'exprime fréquemment chez Sophocle et Euripide (22). Nous limiterons cependant notre propos à la théorie des pythagoriciens, dont l'intérêt propre est de préfigurer 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. Heinimann (23) et, à sa suite, MM. Gauthier et Jolif (24), ont bien montré que « l'antithèse Nature-Loi n'apparaît (pas) ...

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.
(22) Cf. 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

avant la seconde moitié du Ve 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 VIe siècle et du début du Ve siècle avant J. C., réflexion, cependant, qui exige, du point de vue de la philosophie du droit, une très grande prudence dans son interprétation.

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 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

(25) Sur ceci, cf. 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 châtiment 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).

(27) *Op. cit.*, p. 76.

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'Etre 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'expliciter 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 antérieure au VIe siècle et illustre ainsi l'horizon logicien qui progressivement fonde cette théorie à partir du VIe 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*

La conception pythagoricienne de la politique est basée sur l'analogie de la politique avec la cosmologie. Le point de départ du

(28) Cf. la traduction que donne J. BEAUFFRET de ce passage 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 œuvre comme une norme apte à nous dévoiler les propriétés de l'Etre parce que l'Etre 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).

(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 VIe et Ve siècles avant J.-C. (sur les questions chronologiques et de critique des sources, cf. notamment l'excellent ouvrage de A. DELATTE, *Essai sur la politique pythagoricienne*, Paris, 1922); cf. aussi sur ces théories politiques, E. BARKER, *Greek political theory. Plato and his predecessors*, 4e éd., London, 1970, pp. 52 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 ont 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 dus au jeu de la limite, de l'unité suprême, de Dieu.

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).

---

(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.

(33) De nombreux fragments rapportés par la tradition traduisent ces principes (Sur ceux-ci, voy. notamment les fragments cités par M. 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. 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 übersetz 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.

(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 : $\frac{6}{4} = \frac{4}{3}$).

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 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

« 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 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. Un texte attribué à Archytas, déjà cité pour partie (cf. ci-dessus, note 33), éclaire assez bien cette conception : « 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 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 référé 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 reprendrons ici la synthèse qu'en donne M. Delatte : « La base de la Justice

(37). A. DELATTE, *op. cit.*, p. 100.

(38) On peut citer ici, dans ce même ordre d'idées, le discours que PYTHAGORE, à son arrivée dans la ville de Crotone 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.

(39) STOBEE, *Florilegium*, 43, 132, in C. WACHSMUTH et O. HENSE, *op. cit.*, t. IV-1, 135, p. 82; cf. aussi pour d'autres fragments significatifs, A. DELATTE, *op. cit.*, pp. 172-174.

(40) Ce texte est rapporté par JAMBLIQUE (IAMBLICHOS, *Pythagoras*, *op. cit.*, § 174, pp. 174-176).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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).

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 de la mathématique. Le système juridique trouve le fondement de son autorité dans sa structure dogmatique et dans la qualité 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).

Nous n'en citerons qu'un seul que nous jugeons plus significatif. Ce fragment est rapporté par Jamblique dans sa *Vie de Pythagore* (§§ 130-131, pp. 134-135) : « (Pythagore) disposa les trois lignes des constitutions se touchant les unes aux autres à leurs extrémités et formant un angle droit : l'une ayant la nature de l'épitrite, une

(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 mœurs et infligeant un dommage à celui qui ne (leur) obéit pas, (sont) pères et guides des lois écrites et des décrets imposés aux hommes ».

(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 facteur 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).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 épitrite 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'Egalité, 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).

(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 ».

§ 2. La crise sophistique et la resurgence 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'ont fait remarquer, est liée aux conditions mêmes de sa naissance. Le « droit

(48) *Op. cit.*, p. 65. Remarquons au passage, et sans vouloir établir des analogies qui gommeraient ce qu'a de spécifique et de située la pensée pythagoricienne, combien cette dernière traduit, par cette référence mathématique, une profonde modernité. Sur ce plan 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.

(49) *Op. cit.*, p. 114.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

de la loi » ne trouve, en effet, 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 délibérative. Les *Thesmoi* de Solon, s'ils dénotent l'avènement de l'ordre de la loi, offrent 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.

Cette conscience de l'absence de tout référent 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 mœurs 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 procèdera 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 remet 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).

(50) V. GOLDSCHMIDT (*La doctrine d'Epicure et le droit*, Paris, 1977, p. 127) note à ce propos que dans le relevé des diverse 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) *Histoire des idéologies : Les mondes divins jusqu'au VIII^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).

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).

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 opposition à

(53) Cf. pour les références, *supra*, notes 23 et 24 (spécialement in F. HEINIMANN, *op. cit.*, le point III « Die sophistische Antithese Nomos-Physis », pp. 110-163).

(54) *Op. cit.*, p. 75, note 4.

(55) Cité par J. de Romilly, *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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 V^e 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 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, toutes 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.

M^me 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.

(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.

Platon, disciple de Socrate, va s'y employer, comme on le sait, en intégrant la problématique du *nomos* au cadre du *logos*, du *nous* (61). Notre propos n'est pas de développer la philosophie platonicienne du droit; l'identification *nous-nomos* est bien connue (62)

(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 (*nomon*); le second, où Platon (*Lois*, livre IV, 713e-714a), considérant que le fonctionnement de la cité des hommes doit limiter 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 patronage 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 des 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 M^me de Romilly, « Platon 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 la 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

et sera, par ailleurs, reprise dans la suite sous des formes variées (63). Remarquons simplement que, par l'intermédiaire de 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 s'inscrit dans une nécessité naturelle, ensuite par l'exemple pris de la pensée pythagoricienne qui réinscrit la loi dans les harmoniques 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, M^me^ de Romilly, en faisant de Platon le terme d'une période de cette pensée,

j'ai appelé serviteurs des lois ceux que l'on nomme aujourd'hui gouvernants, ce n'est pas pour lep laisir 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) Cf. sur ceci, C. ANDERSEN, *Logos und Nomos*, Berlin, 1975, passim.,

(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 ».

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 théorie qui dévoilera le caractère inachevable du juste, lié au caractère inachevable d'une science de l'être comme être. La métaphysique d'Aristote, d'être une métaphysique de la scission, paraît commander une interprétation 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.

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 mytho-logique du droit : c'est dans la dispersion que se régénérera l'unité, dans le mouvement, l'immutabilité et dans la contradiction, la cohérence.

Aristote décelera, 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. 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 réfé-

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

rence unitaire se trouve ainsi ontologisée : le chemin mytho-logique s'ouvre à nouveau.

La lecture aristotélicienne du droit réarticule 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 qui perpétue et assure l'assujettissement à la loi.

C'est cette double dimension (affranchissement et restauration de l'ordre du mythe) 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. Castoriadis a faite de la conception aristotélicienne de la *technè* (activité productrice) (65).

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

(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 *Métaphysiques* (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'Ethique à Nicomaque* (2e 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).

(66) *Eth. Nic.*, VI, 4, 1140 a 6.

(67) C. CASTORIADIS, *Technique* in *Les carrefours du labyrinthe*, Paris, 178, p. 224; remarquons que cet auteur, contrairement à l'usage, traduit *technè* par « technique » et non par « 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 œuvre, un produit.

Le domaine de l'art est donc celui du faire humain créateur : 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, est 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. 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

(68) *Eth. Nic.*, VI, 5, 1140 b 6-7.

(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*, 2e éd., Paris, 1970, p. 328) montre très bien comment, pour Aristote, ce fait de l'imitation explique le 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*, 4e éd., Paris, 1977, pp. 498-499.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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 antécédents 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

(72) C. CASTORIADIS, *Technique*, *loc. cit.*, p. 225. Bien que l'expression laisse croire à une interprétation platonicienne du concept artistotélicien 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 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 irréalisable, 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) *Ibidem*, p. 230.

à la nature, 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.

C'est ce même mécanisme théorique qui est à l'œuvre 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 reclôture en définitive l'espace du juridique, son premier souci est de le sortir de l'enfermement auquel l'avait condamné, quoique de manière différente, la tradition qui aboutit à Platon (75).

(74) Cf. 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.

(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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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, dans une seconde étape, définir cette dernière à travers les concepts qui la configurent (§ 2).

§ 1. Le cadre metaphysique de la theorie aristotelicienne du droit

Notre propos n'est pas de retracer le problème métaphysique tel qu'il est 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.

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.

Nous analyserons plus spécifiquement le rapport du divin au sensible sous sa double forme de rapport de séparation (A) et d'imitation (B).

---

de MM. Villey et 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).

A. *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 (76), Aristote renvoie, comme condition de possibilité d'une signification unique, à ce qu'il appelle la quiddité ou l'essence (77). 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 Γ 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 » (78).

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 (79), de l'homonymie de l'être (80)

---

(76) *Mét.*, Γ, 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.

(77) *Mét.*, Γ, 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 ».

(78) P. AUBENQUE, *op. cit.*, p. 131.

(79) Cf. sur ceci *Phys.*, 1, 1, 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.).

(80) « 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 de la *Métaphysique*. La raison en est que « toute science porte sur un genre déterminé » et que « l'être n'est pas un genre » (81), 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 (82).

---

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'Etre 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'Etre 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).

(81) P. AUBENQUE, *op. cit.*, p. 222; cette même idée se retrouve, quoique de manière peut-être plus nuancée, chez M. 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'épistémè*. 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 ? ».

(82) « La philosophie recherchée serait alors universelle parce que première : ontologie parce que protologie. La science de l'être en tant qu'être, ne pouvant

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 (83).

Cette interprétation a été critiquée par M. Aubenque qui, relevant le caractère programmatique des déclarations où Aristote proclame la possibilié 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 concentre, en quelque sorte, toute l'ambiguïté qu'Aristote avait d'abord reconnue au mot être » (84).

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 de l'unité continue d'habiter cette recherche (85).

---

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).

(83) 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 évident donc qu'il appartient ainsi à une science d'étudier les êtres en tant qu'êtres » *Mét.*, Γ, 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'œuvre aristotélicienne, des perspectives théologique et ontologique.

(84) *Op. cit.*, p. 246; cf. aussi sur cette question le commentaire qu'il fait (p. 197) du passage, très pertinent à cet égard, d'Aristote, *Mét.*, Γ, 2, 1004 a 27 et sv.

(85) « 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 subsite 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 empruntera la cohérence du discours dialectique (86). Reste alors à interroger 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 termes d'unité systémique des rapports sensible — suprasensible ne peut être opérée.

En contestant la transcendance des Idées platoniciennes (87), Aristote ne refuse pas l'existence du transcendant. Comme on l'a dit :

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.*, pp. 249-250, c'est nous qui soulignons).

(86) Ce point est, lui aussi, mis en lumière par M. 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. Granger considère à propos de la *Métaphysique* que la « méthode philosophique (à l'œuvre), tout en maintenant l'usage de la déduction, se distingue surtout par la prépondérance accordée aux démarches pré-démonstratives » (*op. cit.*, p. 331).

(87) 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 même les platoniciens, en créant leurs Idées, ne créent que des êtres sensibles éternels », *Mét.*, B, 2, 997 b 6 et sv.

« Si Aristote voit dans la transcendance platonicienne un 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 » (88).

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 pas divin, il ne nous apprend plus rien sur notre monde ». En récusant 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 » (89) — Aristote aggrave la scission avec l'univers terrestre, en opposant désormais un monde ordonné à un monde contingent.

Emerge ainsi la possibilité d'une constitution d'une théologie autonome, du fait de l'acceptation par Aristote de la séparation originaire (90) : 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 » (91). Si une philosophie première présupposant la contemplation du divin est possible (92), 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 divin et la recherche terrestre » (93).

(88) P. AUBENQUE, *op. cit.*, pp. 313-314.

(89) *Ibidem.*

(90) Cf. 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, cf. le passage déjà cité, *Mét.*, E, 1, 1026 a 15-20.

(91) *Ibidem*, p. 333.

(92) 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 »; cf. sur la joie que cette vision procure, *De partibus animalium*, I, 5, 644 b et 34 et cf. *infra*, § 2 B.

(93) 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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.

B. *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 » (94) ?

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 artistotélicienne 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 fait à l'égard des représentations anthropomorphiques de la divinité qui aboutissent 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 ajoutée 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.)

(94) *Mét.*, Λ, 6, 1071 b 28. Cf. 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.

Cette théorie, par-delà les difficultés d'interprétation ressenties par Aristote lui-même dans l'exposé qu'il en fait dans la *Physique* (95), a trouvé son expression définitive dans le livre 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 » (96). 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 *chorismos*, 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

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.

(95) Cf. sur ceci, P. AUBENQUE, *op. cit.*, 356-365 et les auteurs cités.

(96) *Mét.*, Λ, 7, 1072 a 26 et Λ, 7, 1072 b 1-3; c'est nous qui soulignons.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 « transcendance 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 » (97).

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 (98) 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

(97) P. AUBENQUE, *op. cit.*, pp. 372-376.
(98) 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.

sublunaire, de l'unité originaire du divin » (99). Et tel est effectivement le deuxième point à considérer.

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 mécaniciste 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. 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 » (100).

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 (101).

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, différente 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 (102).

(99) P. AUBENQUE, *op. cit.*, pp. 404-405.
(100) *Ibidem*, p. 387.
(101) 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.
(102) Cf. sur cette théorie de la science et son rapport à la conception platonicienne, notamment S. MANSION, *Le jugement d'existence chez Aristote*, 2e éd., Louvain, 1976, pp. 2, 12 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Le rapport du monde à Dieu est un rapport d'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 » (103).

Afin d'expliciter 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 » (104).

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 » (105).

(103) P. AUBENQUE, *op. cit.*, p. 390.
(104) *Ibidem*, p. 400.
(105) *Ibidem*, 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* (106), *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* » (107).

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 humaines. 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 » (108).

Non seulement le sensible apparaît ainsi marqué de son désir de cohérence, mais aussi, le discours qui le prend pour objet 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.

(106) Expression reprise à Kant et par laquelle celui-ci critiquait la théorie aristotélicienne des catégories pour n'être pas un système.
(107) 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 mytho-logique de la lecture que le Stagirite opère du droit.
(108) *Ibidem*, p. 403.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 mytho-logique 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.

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 » (109).

C'est précisément par référence à ce mouvement, marque de l'être sensible, que peuvent, pour partie, se différencier les deux types de discours cohérent reconnus par Aristote. Comme l'a remarqué notamment Mme 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

(109) P. AUBENQUE, *op. cit.*, pp. 489-490; le même double aspect se retrouve à propos de la temporalité et de la contingence (toutes les 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.

tous ses aspects. Elle doit découvrir au sein d'un univers en perpétuel changement un élément de permanence et de stabilité » (110).

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 la 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 » (111).

Ainsi la dialectique est elle-même recherche de l'unité impossible : elle met en œuvre 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 (112).

§ 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

(110) S. MANSION, *op. cit.*, p. 2.
(111) P. AUBENQUE, *op. cit.*, pp. 495-496.
(112) La même dimension pourrait être retrouvée au plan de la conception aristotélicienne de l'histoire des idées.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Stagirite, les grandes lignes de sa théorie du droit; s'en dégageront progressivement les éléments qui traduisent le caractère mytho-logique 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 (113) : le problème du 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).

(113) 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, cf. M. HAMBURGER, *Morals and Law. The growth of Aristotle's legal theory*, new edition, New York, 1971; cf. 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 artistotélicienne 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; cf. 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, 2e éd., Berlin, 1960; A. GRANT, *The Ethics of Aristotle*, vol. II, 4e éd. London, 1885; 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*, 4e éd., Oxford, 1970; G. RAMSAUER, *Aristotelis Ethica Nicomachea*, Leipzig, 1878; J. STEWART, *Notes on the Nicomachean Ethics of Aristotle*, vol. I, Oxford, 1892.

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 (114) par les nombreux commentateurs de la philosophie aristotélicienne du droit, la relation entre droit et *phronésis* (prudence ou sagesse, sur cette traduction, cf. infra) constitue en effet l'élément de base de cette pensée à partir duquel s'éclairent les autres aspects et 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 méthaphysique.

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 du juste politique; la réflexion sur le juridique implique réflexion sur la justice. Or, Aristote établit un lien substantiel entre justice et *phronésis* (115), lien qui se fonde sur la définition qu'il nous donne de la vertu :

(114) Une exception majeure doit être citée, c'est celle de M. Perelman qui, par ses 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.

(115) 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*, 2e éd., Paris, 1976); la seconde par MM. Gauthier et Jolif, dont nous suivrons ici la position pour le motif que nous utilisons leur traduction de l'*Ethique à Nicomaque*; cf. 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, no 369-370, p. 48.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

« ... 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 » (116).

La référence à la sagesse, au jugement du sage, apparaît en 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 (117) consiste en un certain juste milieu, 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, œuvre 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'acquiert 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 » (118).

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 de la philosophie aristotélicienne du droit.

(116) *Eth. Nic.*, II, 6, 1106 b 36.

(117) 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).

(118) P. AUBENQUE, *La prudence* ..., p. 10.

La sagesse est définie par Aristote comme « un état habituel vrai, raisonné, qui dirige l'action et a pour objet les choses bonnes et mauvaises pour l'homme » (119). 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 (120).

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 (121) ou 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

(119) *Eth. Nic.*, VI, 5, 1140 b 5; sur les divers sens du terme *phronésis* dans l'œuvre d'Aristote et sur ce que cette plurivocité implique, cf. 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 (cf. 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 ... »).

(120) 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.

(121) Il faut entendre, dans le langage de MM. Gauthier et Jolif que nous avons adopté, la philosophie.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

participation à un ordre universel, l'autorité dont Aristote l'investit n'est-elle pas arbitraire... ? » (122).

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. 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* (123), défend encore une position platonicienne : le *phronimos* « ... privilégié... 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 » (124).

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 fait de sa généralité, elle ne vise qu'inadéquatement les cas litigieux que caractérise 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) (125).

(122) *La prudence* ..., p. 40.

(123) « 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 Dialogerum Fragmenta*, Hildesheim, 1963, fr. 5a du *Protrepticus*, p. 29).

(124) P. AUBENQUE, *La prudence* ..., pp. 41-42.

(125) 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).

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 » (126).

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 (127).

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.

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 (128). 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 (129), moins la qualité personnelle du sage comme représentant d'une race ou d'une tradition que la qualité intellectuelle de son jugement.

(126) *Eth. Nic.*, V, 14, 1137 b 30-32.

(127) Cf. sur ceci, *Eth. Nic.*, I, 1, 1094 b 22 et sv.

(128) Cf. 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.

(129) Pour M. Dirlmeier (*Aristoteles-Nikomachische Ethik, Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung*, Band 6, 2e éd., Berlin, 1960, p. 24), le *spoudaios* est « die Figur des vollendeten Repräsentanten alles Edlen ». Il érige ainsi en critère dernier ce qu'il nomme « die edeltsten Traditionen seines spoudaios Volkes ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 œuvre 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 subordonnées 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 corrélative du juridique dans l'ordre de la scientificité et de l'exactitude mathématique, se trouve substitué non le relativisme scientifique mais un autre fondement intellectualiste, celui de la raison pratique, qu'on peut dénommer « intellectualisme existentiel » (130).

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.

La *phronésis* est donc 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 aristotéliciennes entre les domaines « scientifique » et « calculateur » 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 d'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 (131) : « Aristote compte sur le désir raisonnable pour finir d'ordonner le monde » (132), même si l'ordonnancement, 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 subsomption sous les catégories générales du savoir scientifique.

(130) « 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).

(131) 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*, 2e éd. Paris, 1951, p. 213).

(132) P. AUBENQUE, *La prudence* ..., p. 88.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 perspective 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 le 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'œuvre, 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* est donc cette vertu intellectuelle et délibérante qui permet la constitution d'un savoir faillible, certes, mais adapté à la possibilité d'une action dirigée rationnellement (133) 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 » (134).

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, parce qu'inscrit 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...

(133) Cf. 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).

(134) P. AUBENQUE, *La prudence* ..., p. 142.

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 » (135).

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'œuvre 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 mytho-logique.

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 un écart irréversible entre la loi et le particulier. Il n'y a pas absence de loi, mais distance 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 « rai-

(135) *Ibidem*, p. 174.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

sonnable » que « rationnelle » le sensible et le singulier; (il s'agit), vivant dans un monde imprécis, (de) ne pas chercher à lui imposer la justice trop radicale des nombres » (136).

Sur le plan des sources du droit, l'expression de cette construction est la théorie de l'équité. 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) (137).

La conséquence suit immédiatement : « 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 (138) : la mise en œuvre de l'équité n'est pas œuvre 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

(136) P. AUBENQUE, *La prudence* ..., p. 152.

(137) 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.

(138) « 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.

quelque chose est équitable, s'il est correct...; or, correct il l'est, s'il juge équitable ce qui l'est vraiment » (139).

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 pas » (140) et donc que « les lois énoncent seulement les généralités sans rien prescrire pour les circonstances particulières » (141). 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 pos-

(139) *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 par ce qu'il présuppose du fonctionnement légaliste et formaliste de l'institution judiciaire.

(140) V. GOLDSCHMIDT, *La doctrine d'Epicure et le droit, op. cit.*, p. 208.

(141) 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

sible ou impossible, si elle a ou n'a pas le caractère prétendu; car il ne se peut que le législateur prévoie ces choses » (142).

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. Tricot, que « 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 » (143).

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 (144); 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 (145). 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 » (146).

(142) *Rhétorique*, I, 1, 1354 b 11-15.

(143) 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; cf. 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.

(144) *Eth. Nic.*, X, 10, 1180 a 22-23; *Politique*, III, 15, 1286 a 16 et sv. et III, 16, 1287 a 1 et sv.

(145) Nous ne revenons évidemment pas ici sur les motifs, déjà évoqués, du rejet par Aristote de la théorie platonicienne de la vertu-science.

(146) *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 » (147); « ... (la loi) est une règle théorique procédant d'une sagesse et d'une intelligence » (148) 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 » (149).

On ne peut ici que souligner la portée mytho-logique 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 mytho-logique du discours juridique et assurent à l'ordre du Texte ce rôle de signifiant-maître auquel s'identifient imaginairement 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.

La philosophie aristotélicienne de la loi, précisément parce qu'elle est grande, ne limite cependant pas la signification 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

(147) *Politique*, III, 16, 32.

(148) *Eth. Nic.*, X, 1180 a 21.

(149) *Politique*, III, 16, 1287 a 32.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

chez Platon (150). La portée d'une telle relation ne peut être dégagée, en effet, que si on la rapproche, ainsi que le suggère M. Tricot (151), 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 (152) au sens de science des êtres les plus sublimes (153), de regard porté sur le divin.

Comme l'indiquent cependant MM. Gauthier et Jolif, si ce regard porté sur le divin constitue, comme activité intellectuelle, la perfection et le bonheur de l'homme, « il n'apparaît 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 (154).

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 » (155).

(150) PLATON, *Lois*, I, 644 d, e et 645 a; IV, 713 e - 714 a.
(151) J. TRICOT, *op. cit.*, p. 248, note 5.
(152) *Eth. Nic.*, X, 7, 1177 a 12 et sv.
(153) Cf. J. LEONARD, *Le bonheur chez Aristote*, Mémoire de l'Académie Royale de Belgique, classe des lettres, XLIV, 1, 1948, pp. 138-145.
(154) 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).
(155) 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 » (*La prudence ..., op. cit.*, p. 172).

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.

Dans le même sens, on perçoit la place de la théorie de la loi dans le cadre de la 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 » (156).

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 (157). Une telle considération de la primauté de la loi implique aussi que les gouvernants soient tenus pour « gardiens des lois » (158), qu'il soit reconnu à la loi « un caractère plus général et plus définitif » qu'aux autres décisions populaires (159) et que la stabilité dans le temps lui soit assurée (160).

(156) *Politique*, III, 9, 1280 b 39.
(157) 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*, 1, 5, 1254 a 21; I, 5, 1254 a 30-32; I, 5, 1254 b 1-5.
(158) *Politique*, III, 16, 1287 a 21 (l'expression est mise dans la bouche des défenseurs du régime de la loi).
(159) 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'un 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); cf. aussi sur ce problème le remarquable travail de G. GLOTZ, *La civilisation grecque*, Paris, 1965, pp. 452 et sv.
(160) Cf. sur ceci, notamment, G. D. CONTOGIORGIS, *La théorie des révolutions chez Aristote*, Paris, 1978, pp. 247 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'*épieikéia*; 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 le 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 saute aux yeux, poursuit-il, que l'homme juste, c'est celui qui respecte 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 affirmons 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 (161). 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 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 (162); d'autre part, Aristote spécifie aussi la loi par sa fonction qui est de produire et conserver « le bonheur

(161) C. CASTORIADIS, *Valeur, éaglité, justice, politique, de Marx à Aristote et d'Aristote à nous*, *loc. cit.*, pp. 275 et sv.
(162) *Politique*, III, 6, 1279 a 17-21; III, 7, 1279 a 28-31.

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 hommes 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 identification de la loi au juste, la valorisation de l'ordre de la loi comme ordre textuel (163). Se repère donc, à nouveau, la portée mytho-logisante de la lecture aristotélicienne du droit.

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

(163) 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. Gauthier et 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 mytho-logique.

C. *Droit et phusis*

En ce point se situe 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 (164).

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 (165). Telle n'a pas été la position, notamment, de M. Villey (166) qui s'est efforcé de décrypter la spécificité du iusnaturalisme d'Aristote. Si nous ne partageons pas 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

(164) Cf. notamment, *L'ordre du discours*, Paris, 1971.
(165) Ainsi, notamment, M. HAMBURGER, *Morals and Law ..., op. cit.*, pp. 59 et sv.
(166) 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 113.

cité; par lois communes, celles qui, sans être écrites, semblent être reconnues par le consentement universel » (167).

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... » (168).

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 (169) dans des termes, cependant, dont nous verrons qu'ils font problème.

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. 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

(167) *Rhétorique*, I, 10, 1368 b 7-8.
(168) Et Aristote de citer l'Antigone de Sophocle pour exemplifier ce qu'il entend par loi naturelle, *Rhétorique*, I, 13, 1373 b 44-12. 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).
(169) *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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

n'ont jamais considéré comme un sot et dont le faible pour la logique lui a été assez souvent reproché... » (170).

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 (171), trois interprétations plus approfondies de cette question ont été proposées. On en trouve notamment l'expression, respectivement, chez MM. Weil, Villey et 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. 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 la seule condition qu'une fois fixée, la règle soit suivie par tous » (172).

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

(170) 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 artistotélicien, *Abrégé du droit naturel classique*, *loc. cit.*, pp. 109 et sv.

(171) 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.

(172) E. WEIL, *op. cit.*, p. 180.

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 » (173).

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 impossible la coexistence » (174).

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 » (175).

Même si la pensée philosophique de M. Weil ne peut en aucune façon être qualifiée de positiviste, la définition donnée ici du juste naturel et prêtée à Aristote nous paraît en tous points rappeler le

(173) *Ibidem*, p. 181.

(174) *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 iusnaturalistes 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.

(175) *Ibidem*, p. 193.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

positivisme juridique épicurien, ancêtre, comme l'a bien montré M. V. Goldschmidt, du positivisme kelsenien (176).

L'historicité du juste naturel est ramenée à ce qui est défini par chaque type de communauté (177), 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. 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 » (178).

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 seule constitution conforme à la nature, et c'est la meilleure » (179).

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.

(176) V. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, passim. (notamment, pp. 141, 171, 247).
(177) A cette interprétation nous paraît aussi pouvoir être rattachée celle développée par M. J. Ritter (*Naturrecht bei Aristoteles*, Stuttgart, 1961 et spécialement pp. 20-21 et 25).
(178) *Op. cit.*, p. 141.
(179) *Eth. Nic.*, V, 10, 1135 a 4.

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 » (180).

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 » (181).

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 » (182). 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

(180) *Op. cit.*, pp. 133-136.
(181) M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 46.
(182) *Ibidem*, pp. 50-51.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

d'une recherche jamais close qui s'opère par la *dialectique* et sur la base d'*observations* » (183).

Le droit ainsi se fonde sur un ordre naturel que « tous peuvent lire dans les choses, tous peuvent et doivent reconnaître » (184). 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 sa relativité même, « la méthode du droit naturel classique donnait des lois souples, adaptées aux circonstances de lieu et de temps » (185).

Si le caractère changeant du juste naturel traduit l'impossibilité de définir le juste idéal (186), cela importe peu; la méthode 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 » (187).

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 dégagée.

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 de 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).

(183) *Ibidem*, p. 52.
(184) *Ibidem*, p. 56.
(185) *Abrégé de droit naturel classique*, *loc. cit.*, p. 139.
(186) Sur ce point précis, une même interprétation est donnée par M. 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.
(187) *Abrégé de droit naturel classique*, *loc. cit.*, p. 143.

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 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 exégètes de l'*Ethique à Nicomaque* nous sont, à cet égard, de peu de secours. Ainsi, si l'on se réfère à M. Joachim (188), la variabilité du juste naturel ne paraît point poser problème : elle est à interpréter par référence au schéma norme-exception (189).

(188) H. H. JOACHIM, *The Nicomachean Ethics*, 4e éd., Oxford, 1970.
(189) « 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 right 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (190), 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 s'intègre 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 » (191), 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 pensée d'Aristote n'est pas très claire; sans doute, il ne veut pas opposer règles

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 » (H. H. JOACHIM, *op. cit.*, p. 155).

(190) *Op. cit.*, p. 180.

(191) *Op. cit.*, t. II, 1, p. 394.

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 » (192).

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 » (193) est trouvée dans le phénomène du mouvement (194).

(192) *Ibidem*, pp. 395-396.

(193) P.AUBENQUE, *Le problème de l'être* ..., p. 418.

(194) 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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) (195).

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 » (196). L'accent est donc 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 (197); il est, signale M. Aubenque paraphrasant le Philosophe, « un acte toujours inachevé parce que son acte est l'acte même de l'inachèvement » (198).

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 promeut.

Si « l'art imite la nature » (199), 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.

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 (200). 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 on peut 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 dikaion* 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.

---

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, cf. 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.

(195) « 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).

(196) *Phys.*, III, 1, 201 a 10.

(197) *Phys.*, III, 2, 201 b 32; VIII, 5, 257 b 8; *Mét. θ*, 6, 1048 b 29.

(198) *Op. cit.*, p. 456.

(199) *Phys.*, II, 2, 194 a 21; II, 8, 199 a 15.

(200) *De Interpretatione*, 9, 18 b 31.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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, 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 systématique 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 signale 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* (201), la cité la meilleure selon la nature 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

(201) Cf. sur ceci, *Eth. Nic.*, X, 10, 1179 a 33 et sv.

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 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 un unité finale qui en commande

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 dicours sur le juste. La détermination du juste revient, à chaque époque historique, à ériger en normes ce qui est ressenti comme normal.

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'œuvre d'une intelligence, ou plutôt d'un fabricateur artiste... nous voyons pourquoi le christianisme a volontiers pris à son compte cette philosophie qui s'accordait à l'idée d'un Dieu créateur » (202).

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 » (203).

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 nécessairement dans la présentation de la philosophie du droit du Stagirite 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

(202) *La formation ...*, pp. 45-46.
(203) *Ibidem*, p. 52.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (204).

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... » (205). Alors que la pensée thomiste est circulaire, celle d'Aristote ne traduit nullement une telle circularité (206). 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 sublunaire 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'adé-

(204) Cf. 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.
(205) *Le problème de l'être*..., p. 506; voy. aussi d'un point de vue plus technique, pp. 199, 231.
(206) Cf. *supra* § 1, et aussi P. AUBENQUE, *Le problème de l'être*..., p. 456.

quation 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 » (207). 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.

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 » (208).

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

(207) *Op. cit.*, pp. 54-55.
(208) *Op. cit.*, t. I, 1, p. 241.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » (209).

MM. Gauthier et 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 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.

(209) *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. Gauthier et Jolif sur le rôle de la raison : elle correspond au déplacement que nous croyons devoir imprimer dans l'interprétation du concept du *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 leçon d'une nature sublunaire (cf. 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).

Aristote, en effet, réinscrit 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'*aléthéia*, 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 mytho-logique 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, « 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) » (210).

(210) P. LEGENDRE, *La Phalla-cieuse. Le roman du féminin dans le texte occidental*, *loc. cit.*, p. 12.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 *phusis-nomos* est la traduction de ce schéma de pensée. Le *phusei dikaion* existe, mais il n'existe, pourrait-on dire, que par le désir indéfiniment postposé qu'on en a. De là cette variabilité à double face : trace de la déréliction humaine et signe de l'éros 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 (211), mais ce dévoilement, parce qu'ontologisé, est vécu sur le mode de la vérité qui se déploie.

M. Castoriadis, avec lequel nous inaugurions notre lecture de la pensée aristotélicienne sur le droit, avait clairement perçu cette double dimension du rapport qu'Aristote établit entre *phusis* et *nomos*.

Aristote, remarque-t-il, n'est pas simplement philosophe de l'*alétheia*, 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 » (212). 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

(211) Remarquons que M. Villey traduit incidemment ce même jeu de l'idéal, cette même référence mytho-logique, 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).

(212) C. CASTORIADIS, *Valeur, égalité ..., loc. cit.*, p. 273.

restrictions, que le *nomos* est *phusei* ou qu'il y a une *phusis* du *nomos* » (213).

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 et 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 » (214). 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) » (215).

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 avions 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.

(213) *Ibidem*, pp. 309-310.
(214) *Ibidem*.
(215) *Ibidem*.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 représenter, 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 s'affirme d'emblée 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 ressource 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, 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 iusnaturaliste (Aristote) et iuspositiviste (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 œuvre 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,

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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, « 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 Galillée 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 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

(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 mœurs. 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. entre parenthèses.

(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.

« société des nations » et même sa définition du droit (5) — c'est plutôt la méthode d'approche mise en œuvre — 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 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 connais-

(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) *Ibidem*.

(8) L'expression est de J. LACROIX, *Kant et le kantisme*, Paris, p. 12; dans le même sens, cf. J. L. NANCY, *Lapsus judicii* in *Communications*, 6, 1977, pp. 90 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

sance 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 législatrice.

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 jurisconsulte) 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

(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).

(10) A. PHILONENKO, *Introduction* à la traduction qu'il donne de la *Doctrine du droit*, *op. cit.*, p. 31.

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 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.

Section 1. La Doctrine du droit

La *Rechtslehre* s'inaugure par un retournement en lequel, d'une certaine façon, la rupture kantienne s'opère déjà totalement. Pour

(11) Solutions romaines qualifiées telles par les glossateurs; cf. sur ce point l'œuvre critique de M. Villey.

(12) Cf. en ce sens, S. GOYARD-FABRE, *Kant et le problème du droit*, Paris, 1975, pp. 11-12.

(13) Pour un exemple d'une telle approche, cf. B. EDELMAN, *La transition dans la Doctrine du droit* in *La Pensée*, fév. 1973, nº 167, pp. 39 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 leurs rapports 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).

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 œuvre 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

(14) En ce sens, S. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 79, note 46 in fine.

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).

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

(15) En ce sens, A. PHILONENKO, *op. cit.*, p. 45.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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., 108), 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*, 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.

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

(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).

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 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

(17) N. BOBBIO, *Quelques arguments contre le droit naturel* in *Le droit naturel, Annales de philosophie politique*, 3, Paris, 1959, p. 176.
(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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 ». A 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.

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 présupposée 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

(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.

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.

De ces 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'Ecole 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 originairement 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 originaire, 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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, la loi (positive) ne procède que de la loi (de la raison législatrice). L'ordre juridique, issu d'une nécessité logique, analytiquement exposé 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'épiphanie 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.

(21) E. KANT, *Réflexions sur la métaphysique*, t. XVIII, nº 7734, cité par S. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 185. Il est 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.

Le droit privé de nature constitue en fait 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 *Doctrine 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 subsomption sous la majeure, et la conclusion, qui comprend la sentence, ce qui est le 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 pas-

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

sages 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 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 originaire (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.

(23) J.-J. ROUSSEAU, *Le contrat social*, *op. cit.*, p. 361.
(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 législatrice 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 des 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 —

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 œuvrant au cœur 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 originaire (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 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

(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'œuvre 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).

(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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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, comme l'observe Mme Goyard-Fabre (30) qui hésite cependant sur la conclusion finale : est-ce la substitution d'une théorie du droit rationnel (*Vernunftrecht*) aux théories classiques ou modernes du droit naturel (*Naturrecht*) (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 la *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

(30) S. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 286.
(31) *Ibidem*, p. 255.
(32) *Ibidem*, p. 260.
(33) *Ibidem*, 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.

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).

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 thèses 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 œuvre 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 recoupent 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 inté-

(37) M. VILLEY, *La doctrine du droit dans l'histoire de la science juridique* in *Doctrine du droit*, op. cit., p. 25.
(38) Mme GOYARD-FABRE tente aujourd'hui de reprendre le projet kantien et de le radicaliser (*Essai de critique phénoménologique du droit*, Paris, 1972).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

riorisation 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 mise en œuvre 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 et dissolvent toute proposition contraire.

Nous avons vu que la possibilité, la base et la légitimité — trois aspects de la question du fondement (41) — 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

(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).

(41) En ce sens, M. HEIDEGGER, *Questions I. Ce qui fait l'être essentiel d'un fondement ou raison*, Paris, 1968, p. 151.

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. 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 mytho-logie occidentale du pouvoir et de son texte.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Nous verrons comment cette œuvre 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 inmanquablement 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 » (42).

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 selon le modèle trinitaire (43) : 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 châtiment 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,

(42) J. LACAN, *Subversion du sujet et dialectique du désir* in *Ecrits*, *op. cit.*, p. 813.
(43) Cf. L. DUGUIT, *Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel* in *R. D. P.*, 1918, p. 178 : « Kant enseigne le mystère de la trinité politique, calqué sur le mystère chrétien de la trinité divine ».

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'œuvre 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 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 volonté sainte, Dieu

(44 KANT, *Reflexionen zur Rechtsphilosophie*, nº 8046, cité par A. BERTEN, *op. cit.*, p. 293.
(45) En ce sens, cf. J. MOREAU, *Le Dieu des philosophes*, Paris, 1969, p. 121.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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; entamé dans la violence et l'usurpation, l'ordre de la loi tend vers la République pure. Ces passages à la limite sont l'œuvre 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 infaillible 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 qui toujours en est faite. La meilleure autorité est celle qui ne s'autorise que des pouvoirs de la loi elle-même (48);

(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.

(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

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 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

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*, nº 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 : « c'est 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 décrépit, 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.

(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. HOBBES, *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).

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) « 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.

(51) J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 286.
(52) *Ibidem*, p. 381.
(53) *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 assité 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).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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) *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 théorie pure du droit de Hans Kelsen

Introduction

Il peut assurément sembler paradoxal d'étudier l'œuvre 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 œuvre 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 métaphysique et théologique, Kelsen, ainsi confronté aux exigences d'une science du

(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 mytho-logique affectant la pensée juridique.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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.

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 mytho-logique. 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 faire de la théorie du droit 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 mytho-logiques 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 statuée 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 par une autorité juridique, ou encore la différence entre une « communauté juridique » et une « bande de voleurs » (5).

---

(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 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1965, Band XV, Heft 4 : « Unter « Geltung » einer Norm verstehe ich aber ausschliesslich und allein : das die Norm befolgt b.z.w. angewendet werden soll ».

(4) H. KELSEN, *Why should the law be obeyed ?* in *What is Justice ?* Collected essays by H. KELSEN, Berkeley, 1957.

(5) La question est récurrente sous la plume de Kelsen; cf. notamment *Théorie pure du droit*, trad. de la 1re édition par H. THEVENAZ, Neuchâtel, 1953, p. 37; *Théorie pure du droit*, trad. de la 2e édition, par C. EISENMANN, Paris, 1962,

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 mytho-logique concernant la perfection de la loi ? 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).

pp. 61 et sv. 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 ces ens, 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 ».

(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 ».

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'est-à-dire 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-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'œuvre de Kelsen : dès 1927, Duguit parlera du « panthéisme de Kelsen » (12). Du reste, Kelsen lui-même suggère cette assimilation, quand, critiquant

(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 un 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).

(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*, 3e 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 efficace. Récusant les Midas méta-juridiques, sans renoncer à l'effet mytho-logique 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.

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 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

(13) H. KELSEN, *Gott und Staat* in *Die wiener rechtstheoretische Schule*, *op. cit.*, pp. 183, 186, 193.

(14) En ce sens, M. van de KERCHOVE et F. OST, *Possibilité et limites d'une science du droit*, *loc. cit.*, 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).

approche de la *Théorie pure du droit* en termes de mytho-logique 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 assorti d'une tentative de mise en question. 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 1. 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 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'œil, 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 œuvre 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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. Miaille (17) — les théories du droit naturel dominent 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 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 peut 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

(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.

(19) Cf. H. 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

la réalité, ou la chose en soi transcendante au phénomène » (21). Aussi, 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. L'originalité de Kelsen est d'avoir repéré d'innombrables « substances » dans la trame des discours juridiques; substances entraînant ces 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

(21) H. KELSEN, *La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit*, *loc. cit.*, p. 187.

(22) Cf. notamment, H. KELSEN, *Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik* in *Die wiener rechtstheoretische Schule*, *op. cit.*, pp. 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 hieneinragt, als die zu überwindende, weil fehlerhafte Tendenz

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'œuvre dans la pensée juridique peut être rapporté à l'influence sur Kelsen de la philosophie 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 morale et juridique, 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 œuvre 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

der, 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).

(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).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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'œil 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 a dissuader les juristes de 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.

(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.

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 constatation 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'est-à-dire 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 encontre.

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 du droit juste (29). C'est encore la

(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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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).

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

(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 (*Ibidem*, 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) *Ibidem*, p. 109.

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 le 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 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'est-à-dire pour

(35) *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 ».
(37) H. KELSEN, *Justice et droit naturel, loc. cit.*, pp. 112 et sv., *Th. P. D.*, I, pp. 89-90.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

se révéler opératoires : ainsi en est-il des règles « *suum cuique tribuere* », de l'impératif 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* 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'œuvre 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.

(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*, *op. cit.*, p. 311, note 153 et la citation de Bonnard.

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 germine 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 cœur 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 quelqu'intervention métaphysique (Th. P. D., II, p. 267).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 première 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 œuvre. 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

(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.

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 propre du travail scientifique consiste, dans cette optique, à ordonner en système la masse des matériaux empiriques qui lui 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 contradictions 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 œuvre, 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, correspondant 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*.

(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*, 1926, IV, 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 ».

(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).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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).

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 Positivisme	2. IDEALISATION OU PRESCRIPTION Iusnaturalisme
dualisme du droit positif et du droit naturel	
3. CONSTRUCTION Normativisme	4. EXPLICATION CAUSALE Sociologisme
dualisme du *Sollen* et du *Sein*	

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). 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). 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).

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'est-à-dire 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 manœuvre 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).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

La science du droit énonce qu'une telle conséquence (la sanction) *doit* suivre telle condition (l'acte illicite); 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.

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 (44).

Avant de détailler ce point de vue et ses corollaires, quelques mots sur l'héritage kantien de Kelsen (45). 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 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.

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

(44) 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).

(45) 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.

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 (46). 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 fondamentale hypothétique (Th. P. D., I, p. 45).

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 réfuta-

(46) Sur cette controverse, cf. C. MARTYNIAK, *loc. cit.*, pp. 171-172.

(47) C. MARTYNIAK, *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)).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

tion des dualismes de l'Etat et du droit, du droit objectif et du droit subjectif etc. de telle sorte que l'Etat, le droit subjectif et même la personne humaine deviennent normes.

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 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 leurs rapports (Th. P. D., II, p. 6).

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 manœuvre 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 (48) et présente une signification exclusivement

(48) 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.

logique. Alors que, dans la pensée classique, le devoir est une notion transcendante (charriant l'image d'un absolu), dans la *Théorie pure* le devoir est une catégorie logique transcendantale. 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.

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.

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) (49). 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 fait dans l'horizon factuel du *Sein*.

(49) 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 mœurs 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 ce qui arrive » (*ibidem*, p. 542).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (50). Dans cette perspective, la loi se réduit à un vouloir et l'ordre juridique à une régularité de comportement. Les questions de mobile et d'effectivité deviennent primordiales. Or, dit Kelsen, ces questions sont métajuridiques ou transcendantes : 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 suggèrent 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 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 force 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

(50) 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 ».

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).

§ 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 (51). 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 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

(51) 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » (52) : le sujet n'aborde pas l'objet historique sans précompréhension, mais celle-ci est elle-même le fruit de la « germination historique » (53). 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'ailleurs 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 œuvre 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'œuvre 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 » (54).

La théorie de la *Wertfreiheit* rencontre beaucoup d'objections dans la pensée juridique (55). On peut ranger celles-ci en deux catégories suivant 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 (56). 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 » (57). 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

(52) J. LADRIERE, *L'articulation du sens*, *op. cit.*, p. 46.
(53) H. G. GADAMER, *Vérité et méthode*, *op. cit.*, p. 130.

(54) J. HABERMAS, *Connaissance et intérêt* in *La technique et la science comme idéologie*, trad. par J. R. LADMIRAL, Paris, 1973, p. 157.
(55) Sur les réactions à l'œuvre 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, pp. 113 et sv.
(56) 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.
(57) C. PERELMAN, *Science du droit et jurisprudence* in *Le champ de l'argumentation*, *op. cit.*, p. 160.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Théorie pure, mais démontrant qu'il est impossible à maintenir. Ainsi en va-t-il de l'analyse de M. Bobbio (58). 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 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 (59) et M. Rigaux qui note que : « tout effort de systématisation a un caractère doctrinal sans qu'il soit privé de vertus normatives » (60). 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 » (61).

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

(58) N. BOBBIO, *Sein und Sollen in legal science* in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, beiheft neue Folge, nr 6, 1970, pp. 24 à 30.
(59) P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 408.
(60) F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 134.
(61) *Ibidem*, p. 343.

« description » une des caractéristiques essentielles de l'objet décrit, exposant ainsi à son tour son discours aux illusions idéologiques (62).

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). 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 fausse 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 (63).

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 dicours 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

(62) J. MIEDZIANAGORA, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, Paris, 1970, p. 190.
(63) En ce sens, cf. F. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 21, 24, 122 et 362.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 dénaturer l'objet décrit (64).

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 (65).

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 (66). 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 devrons 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 (67). 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 sans anticiper

(64) 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 ».

(65) Cf. les auteurs cités par M. van de KERCHOVE, *loc. cit.*, pp. 134-135.

(66) En ce sens, cf. P. AMSELEK, *op. cit.*, pp. 327 et sv.; J. MIEDZIANAGORA, *op. cit.*, p. 186.

(67) 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.

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 » (68).

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 (69). A la distinction de l'être et du devoir être correspond la distinction entre l'explication causale et l'imputation normative.

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 certaines pages de Kelsen, la distinction rencontre une dualité de

(68) 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.

(69) Cf. H. KELSEN, *Uber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, *loc. cit.*, p. 8.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (70) (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 (71), 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 (72). Cette conception « théorique » de la Nature, si elle

(70) 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, nº 6, p. 1536 : « Kelsen a eu le tort, comme l'a justement souligné le professeur Tammelo, 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).

(71) J. L. GARDIES, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, 1972, p. 17.

(72) 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 ».

se justifie dans la perspective spécifique des sciences exactes (et a 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 (73).

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 (74).

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 (75); c'est 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

(73) Cf. S. 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 ? ».

(74) H. KELSEN, *Eine phänomenologische Rechtstheorie*, *loc. cit.*, p. 374.

(75) 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

— 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 (76). 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 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 (77). 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

(76) H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 114.
(77) 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 ».

dominants et de l'idéologie qu'ils secrètent, effet encore renforcé par le rejet traditionnel de toute véritable approche interdisciplinaire concernant le droit (78).

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 (79).

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 phénoménale d'où il se détache (80), en arrive à la conclusion que la théorie kelsenienne ne peut prétendre au titre de science et se présente plutôt comme une technologie (81). 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 (82). 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 (83). Ainsi du principe de non-contradiction appliqué aux normes juridiques, qui révèle un souci d'utilisateur du droit plus que de théoricien (84). Ainsi encore du principe d'imputation qui reflète la démarche du

(78) M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, pp. 52, 54, 377.
(79) N. POULANTZAS, *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, *op. cit.*, p. 278.
(80) P. AMSELEK, *op. cit.*, pp. 389-390.
(81) *Ibidem*, p. 385.
(82) *Ibidem*, p. 369.
(83) *Ibidem*, pp. 384 et 390.
(84) *Ibidem*, p. 391.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

juriste casuiste subsumant le cas concret sous la norme dont il est prédicable (85).

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 » (86).

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'œuvre 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

(85) *Ibidem*, p. 400.

(86) 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).

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. 246) (87). 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 » (88). 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 mytho-logique 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

(87) Cf. aussi H. KELSEN, *La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit*, *loc. cit.*, pp. 202-203.

(88) L'allusion aux anarchistes, par trop révélatrice, est supprimée dans la 2e édition (*Th. P. D.*, II, p. 294, note 1).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 religieuse et juridique.

Ainsi s'amorce notre conclusion à la critique de l'épistémologie kelsenienne. Là où Kelsen s'imagine décrire le droit tel 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'œuvre 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 présuppose qu'un tel droit est valide (89). Cette assimilation droit positif-droit valide en recouvre encore une autre : le droit valide, c'est le droit qui existe (90). 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

(89) H. KELSEN, *Why should the law be obeyed ?*, *loc. cit.*, p. 257.
(90) H. KELSEN, *Th. P. D.*, I, p. 39 : « l'existence ou, ce qui revient au même, la validité des normes positives ... ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

juridique que si ce caractère lui est attribué par la science du droit qui établit sa validité objective (Th. P. D., I, p. 39).

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 dotés 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'œuvre de Kelsen, « pourquoi interprétons-nous les actes créateurs de droit comme porteurs de la signification objective des normes juridiques ? » (91). 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 (92). 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

(91) H. KELSEN, *Why should the law be obeyed ?*, *loc. cit.*, p. 257.
(92) En ce sens, L. RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 241.

le processus dynamique de validation des normes juridiques selon le 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'exmple 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 expressément 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'ordre juridique commandera l'obéissance aux règles posées par le constituant (Th. P. D., II, p. 269).

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 de 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 mytho-logique, 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 » (93) et Kant de préciser que ce pouvoir suprême évoque quelque « législateur suprême et infaillible » 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, quelle qu'en puisse être l'origine » (93).

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 validité objective (94).

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.

(93) E. KANT, *Doctrine du droit*, *op. cit.*, p. 201 A.
(94) Ce point avait déjà été relevé par A. ROSS en 1944 : « la croyance en une validité objective a sa place dans le débarras des métaphysiques morales-religieuses » (*Imperatives and Logic* in *Theoria*, 1941, p. 53).

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 » (95). Sans doute Kelsen soutient-t-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 consituant 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 œuvre logique d'une hypothèse logique transcendantale, 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 porteuses 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.

§ 2. La problématique de la validité des normes juridiques

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* (96).

(95) *La méthode et la notion fondamentale de la Théorie pure du droit*, *loc. cit.*, p. 193; *Th. P. D.*, II, p. 93.
(96) 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

La problématique de la validité doit être	La problématique de la validité ne doit pas être
1. DESCRIPTION (Positivisme) 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.	2. PRESCRIPTION ou IDEALISATION (Iusnaturalisme) La validité des normes juridiques est indépendante de leur contenu et de leur conformité à un ordre normatif supra-positif.
3. CONSTRUCTION (Normativisme) 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 sur l'hypothèse d'une norme fondamentale.	4. EXPLICATION CAUSALE (Sociologisme) 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).

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 descriptive 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 (97). 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).

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 ».

(97) H. KELSEN, *Why should the law be obeyed ?*, *loc. cit.*, p. 258.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 conditonne 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.

§ 3. Discussion critique de cette problématique

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 rechercher 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 transpositifs 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).

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 « originaire » 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 » (98). Même remarque pour la jurisprudence : « mode de formation impersonnelle et décentralisée, et en même temps non volontariste » (99). 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,

(98) M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, pp. 162-163.
(99) *Ibidem*, p. 167.

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 (100).

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 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

(100) C. PERELMAN, *Science du droit et jurisprudence, loc. cit.*, p. 224.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (101), que le concept d'effectivité, tel qu'il est mis en œuvre 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 contente-t-on d'une obéissance des uns ou des autres ? En admettant que ces questions soient résolues, il faudrait encore observer que pour beaucoup de normes le problème de l'effectivité se pose en des termes spécifiques (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 œuvre 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 reconnaisance dont bénéficie le pouvoir étatique : « le pouvoir social n'est que l'efficacité

(101) 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.

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 » (102). 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 » (103), ne faut-il pas reconnaître 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 cœur il la suppose parfaite » (103).

Présupposé, 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 » (104). Jean Dabin n'est-il pas tout aussi explicite quand il

(102) H. KELSEN, *Théorie du droit international public* in Académie de droit international, *Recueil des cours*, 1953, II, p. 73; en ce sens, P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 339.

(103) J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 271.

(104) 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*, *op. cit.*, 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 ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 » (105). 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.

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 vœu (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

(105) J. DABIN, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, 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 ».

théorie ou un vœu 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 G. Gottlieb et de J. Ray notamment, que les concepts juridiques exercent déjà cette fonction normative (106) en intégrant le réel dans la systématicité 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 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 contradiction 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 degré hiérarchique différent, 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).

(106) G. GOTTLIEB assimile les concepts légaux à des affirmations normatives (*The logic of choice. An investigation of the concepts of rules and rationality*, *op. cit.*, 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*, *op. cit.*, p. 104); cf. aussi J. L. GARDIES *op. cit.*, p. 29.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 (107). 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 » (108). La remarque est exacte : on ne peut considérer comme scientifique l'attitude qui consiste à traiter une contradiction (plutôt que de l'enregister 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 exigence scientifique — « toute science postule l'unité de son objet » — mais nous avons vu que, en l'occurence, 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) (109). 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 » (110), on ne peut que rejeter une telle idéalisation et a fortiori quand elle opère au plan scientifique.

(107) En ce sens, P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 182.
(108) *Ibidem*, p. 186.

(109) 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 ».
(110) L. FRANCOIS, *op. cit.*, p. 193.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 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 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 œuvre 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 (111).

Mais, d'autre part, la désignation du fondement de la validité d'une norme dans la validité d'une autre norme est un des 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 inféreure s'intègre dans ce cadre (112).

Dans certains cas, le juge et, plus généralement, tout auteur d'une norme inféreure, se trouve même contraint de quitter le champ des possibilités tracées par la norme supérieure, soit pour lui découvrir des exceptions, soit pour lui substituer une autre règle (113). 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 (114).

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 » (115). 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

---

(111) H. KELSEN, *Die Selbstbestimmung des Rechts* in *Die wiener rechtstheoretische Schule*, Wien, 1968, p. 1452.
(112) M. VANQUICKENBORNE, *Quelques réflexions sur la notion de validité* in *Archives de philosophie du droit*, t. 13, 1968, p. 191.
(113) *Ibidem*, p. 196.
(114) *Ibidem*.
(115) 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.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

haut, des situations individuelles aux règles, par voie d'induction et de généralisation (116).

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 (T. P. D., II, p. 257). Nous arrivons ainsi, au terme de l'investigation consacrée à la validité des règles du droit, à la *Grundnorm*, norme

(116) *Ibidem*, pp. 55-58.

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 » (117). 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 (118).

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 fondateur calqué sur celui que tient, dans la pyramide juridique positive, chaque norme supérieure par rapport à la norme inférieure (119). 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 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 Consti-

(117) J. STONE, *Mystery and mystique in the basic norm* in *The modern law review*, vol. 26, 1963, London, p. 45.
(118) En ce sens, M. van de KERCHOVE, *Les deux versions ...*, *op. cit.*, p. 102.
(119) *Ibidem*, p. 103; J. STONE, *Mystery ...*, *loc. cit.*, p. 45.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

tuant 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, les normes fondamentales des divers ordres étatiques nationaux sont 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 » (120). 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 qu'elle n'est pas une norme de droit positif (Th. P. D., I, pp. 38, 116; Th. P. D., II. pp. 262, 296) (121). 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. Répondant ainsi à une problématique de 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 (122).

(120) 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...
(121) H. KELSEN, *Justice et droit naturel*, *loc. cit.*, p. 121.
(122) H. KELSEN, *Justice et droit naturel*, *loc. cit.*, p. 123.

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; il en est 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 œuvre 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 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'œuvre 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, souli-

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

gnent 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. A. 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 » (123). 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.

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 (124). 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 » (125). S'il est vrai que, le plus souvent, une telle règle est non-écrite et présupposée par les juristes lors de leurs opérations d'identification des règles appartenant au système (126), son existence n'en est pas moins une question de fait

(123) K. ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, p. 11.
(124) H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 128.
(125) *Ibidem*, p. 135.
(126) *Ibidem*, p. 136.

qui se résout en considération de la pratique effective des particuliers, de leurs conseils et des autorités (127).

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, cette validité ne peut faire l'objet d'une question distincte de celle de sa réalité. Si la règle de reconnaissance est généralement appliquée, on concluera que sa validité est admise (128). 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 (129) et fixés par la règle de reconnaissance. 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 (130);

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 (131).

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 doctri-

(127) *Ibidem*, p. 128.
(128) *Ibidem*, p. 293, note se rapportant à la page (97).
(129) En ce sens aussi, M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 144.
(130) H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 137.
(131) *Ibidem*, p. 294; dans le même sens, cf. J. STONE, *Legal system and lawyer's reasonings*, *op. cit.*, p. 105.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

nales 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 les acceptent comme règles de conduite, ce que manifeste une étude analytique du langage employé pour désigner les normes), 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 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 (132). 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'œuvre de Kelsen qui n'a pu 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 ») (133).

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 transcendantale de la validité juridique.

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* » (134).

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 » (135).

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*) (136) 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.

(132) A. ROSS, *On law and Justice*, *op. cit.*, p. 70.

(133) C. MARTYNIAK, *Le problème de l'unité des fondements de la théorie du droit de Kelsen*, *loc. cit.*, p. 189.

(134) M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. XV.

(135) M. TROPER, *La pyramide est toujours debout ! Réponse à P. Amselek*, *loc. cit.*, p. 1536.

(136) F. KAUFMANN, *Juristischer und soziologischer Rechtsbegriff* in *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre*, Frankfurt-Main, 1967, p. 40.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 une version au détriment de l'autre) (137), 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.

Pour ce faire, il faudrait commencer par interroger le caractère hypothétique que Kelsen prête à la norme fondamentale (138). 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 (139).

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) (140). 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.

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 qui, 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.

(137) En ce sens, J. STONE, *Mystery and mystique in the basic norm, loc. cit.*, p. 48.
(138) Un seul auteur s'est, à notre connaissance, engagé dans cette voie : M. van de KERCHOVE, *mémoire cité*, pp. 111 et sv.
(139) H. KELSEN, *Justice et droit naturel, loc. cit.*, p. 122.
(140) *Ibidem.*

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 relativisant 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 parvenions 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 confirmée (mieux vaut d'ailleurs parler de sa confirmation que de sa validation) — peut valider une norme juridique positive. Si l'hypothèse est confirmée, 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 Consitution 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'obligatoriété qui accompagne la mise en œuvre 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

en œuvre 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 degrés jusqu'aux plus modestes règles, mais se masque sous les procédures formelles d'habilitation.

Or, il faut le dire nettement, l'assimilation validité-obligatoriété n'est pas une position positiviste; comme le suggère M. Amselek, une telle équivalence traduit plutôt des reliquats de pensée iusnaturaliste (141). 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'enregister 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'obligatoriété » indispensable à sa mise en œuvre pratique. 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.

(141) 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; cf. aussi P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 427 : « le droit, par lui-même, n'est pas obligatoire... L'obligation créée par les règles de droit — si elles sont conformes au bien commun — n'est pas d'ordre juridique mais moral ».

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 lesquelles 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 (142). 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 châtiment 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 importent, 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 fausse, or elle ne l'est pas. La croyance à l'autorité qui pose le droit n'est pas une croyance en une réalité qui, en 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

(142) A. ROSS, *Towards a realistic jurisprudence*, Copenhague, 1946, pp. 77 et sv.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 phénonène 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 encore 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 indémontrables 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 » (143). 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, 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 » (144).

(143) H. KELSEN, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft* (1916) in *Die wiener rechtstheoretische Schule*, *op. cit.*, p. 79 (nous soulignons).
(144) H. KELSEN, *Justice et droit naturel*, *loc. cit.*, p. 11, nous soulignons.

C'est pourquoi on finit par aboutir « à une norme fondamentale qu'on présuppose juste » (145). 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 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... (146).

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 nécessité, c'est d'elle qu'il tire sa validité » (147).

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 œuvre 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 judicieuse-

(145) *Ibidem*, p. 12.
(146) H. KELSEN, *Die Rechtswissenschaft als Norm ...*, *loc. cit.*, p. 80.
(147) M. VIRALLY, *Le phénomène juridique*, *loc. cit.*, p. 59.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

ment remarqué R. Capitant, une telle présentation escamote le phénomène d'autorité pourtant inhérent à toute édiction 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 » (148).

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 (149), 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. Les habilitations formelles font l'économie des débats axiologiques concernant la légitimité et garantissent celle-ci tout en même temps (150).

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 » (151). 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. Evénement 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 (152); 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 » (153); ainsi encore M. Miedzianagora qualifiant de « *deus ex machina* » le devoir de type logique que prétend exprimer la *Grundnorm* (154).

Toutes ces métaphores à caractère théologique 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 mythologique 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 distanciement 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

(148) R. CAPITANT, *L'illicite*, t. I, Paris, 1928, p. 165.
(149) Cité par E. PISIER-KOUCHNER, *L'obéissance et la loi : le droit* in *Histoire des idéologies*, t. III, Paris, 1978, p. 123.
(150) 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'Etat de droit, une contradiction ?* in *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Paris, 1975, p. 66.
(151) J. CLAVREUL, *L'ordre médical*, Paris, 1978, p. 28.
(152) F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 351.
(153) M. MIAILLE, *op. cit.*, p. 373.
(154) J. MIEDZIANAGORA, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, *op. cit.*, p. 189.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'œuvre dans le droit, appelait de ses vœux 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... (155). Il aurait pu ajouter : de même que la biologie a su se débarasser 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 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 » (156), ainsi les juristes ne pourront

(155) H. KELSEN, *Gott und Staat* in *Die wiener rechtstheoretische Schule*, *op. cit.*, p. 193; *Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse*, *loc. cit.*, p. 213.

(156) 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).

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 » (157).

Conclusion

L'incapacité de Kelsen à fournir une théorie réellement scientifique de la validité des normes juridiques est révélatrice. C'est l'échec 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 (158). 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.

(157) *Ibidem.*

(158) 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. Autement dit, il veut bien, en fin de compte, sacrifier l'éponge, mais il veut garder la spongiosité ».

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique,
Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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 tous les problèmes soulevés 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 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). Epoque qui procède à une désymbolisation systématique, qui affranchit les mentalités des traditions, des valeurs et des croyances (159).

Mais comme on ne saurait renoncer à croire et à faire croire, la désymbolisation s'accompagne d'une axiomatisation unidimentionnelle plus contraignante encore : formelle, logique, sans débat et sans conflit (160). 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'œuvre de Kelsen enregistre et contribue à reproduire.

---

(159) En ce sens, M. GUILLAUME, *Le capital et son double*, Paris, 1975, p. 25.
(160) En ce sens, G. DELEUZE et F. GUATTARI, *L'anti-Œdipe*, *op. cit.*, p. 292 : « ce qu'il décode d'une main, il l'axiomatise de l'autre ».

Conclusion

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

« 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.

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 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

(1) J. FLORENCE, *op. cit.*, p. 88.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

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'efficace 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 ».

Les auteurs abordés dans ce travail — Aristote, Kant et Kelsen — ont pourtant, chacun à leur manière, tenté de dénoncer l'économie mytho-logique qui marquait la théorie du droit de leur époque;

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

aucun cependant n'a réussi à affranchir la pensée juridique de l'enchantement qui enveloppe la théorie de la bonne loi.

Ainsi Aristote qui se défie du légalisme scientiste de Platon et rapporte le discours juridique aux finesses de la dialectique, n'en considère pas moins que le discours humain doit procéder « comme si » le monde était un tout bien ordonné; l'harmonie divine est ainsi proposée en modèle au sage et au législateur qui recherchent le juste.

Kant qui, comme on l'a dit, renonce aux mythologies fantaisistes de l'état de nature pour jeter les bases du positivisme juridique, tient cependant que, toute autorité venant de Dieu, le peuple se contentera d'un système politique où l'on fait « comme si » il était co-législateur.

Kelsen enfin, qui dénonce explicitement les mirages de l'absolu qui fascinent la théorie du droit, boucle le processus en proposant la légitimation de la loi la plus tautologique qui se puisse. Comme chaque ordre juridique présuppose une norme fondamentale qui commande l'obéissance à cet ordre, l'auto-validation du droit est assurée, la loi commande par elle-même. Dans ses œuvres de jeunesse, Kelsen écrivait d'ailleurs plus simplement que pour qu'un système juridique fonctionne, il faut faire « comme si » sa validité était inconditionnelle.

Aux différents plans du discours juridique s'observe donc l'intrication de la raison et du mythe. Cet effet n'a pu être mis en lumière que grâce aux ressources d'une pratique interdisciplinaire nourrie de l'épistémologie, de la psychanalyse et de la théorie herméneutique.

Ainsi, le rapport du juge au texte de la loi s'est éclairé des enseignements des théories de l'herméneutique et du texte; ces théories montrent en effet le rôle éminent qu'exercent l'autorité et la tradition dans la lecture d'un texte — texte présenté à son tour comme objet juridique, réceptacle d'un sens canonique qui appelle un rituel et des docteurs pour se réeffectuer.

De même, l'analyse critique de la théorie du droit a bénéficié des réflexions de l'épistémologie contemporaine qui pointe le caractère juridico-religieux des théories classiques de la connaissance. Celles-ci en effet conçoivent l'univers à l'image d'un grand livre — rapporté à son Auteur éminent — dont il appartient aux hommes de décliner les lois selon les règles de la science que vient garantir la vérité.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

A l'effectuation expérimentale se substitue ainsi le blocage dogmatique, l'obstacle épistémologique, dont l'origine a pu être dérivée des fascinations narcissiques et des rêves de toute-puissance qui hantent encore la pensée.

On passe ainsi, dans l'étude de la clôture du discours juridique, au registre psychanalytique. Or, précisément, à la prétention paranoïaque au discours vrai et au désir de toute-puissance, la psychanalyse oppose l'idée qu'on n'atteint jamais la plénitude désirée. Articuler cette idée, 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. Aussi n'avons-nous de cesse que de combler cette brèche angoissante par censure, transfert, identification et sublimation. L'institution et les discours institués trouvent là leur terrain d'élection, qui désignent les objets autorisés d'amour et de savoir. L'imaginaire du philosophe du droit 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 à ramener le conflit sous les catégories de la loi, restaurant le règne du droit là où percent la disparité du social, l'aléa de l'historique, les contradictions de l'individuel.

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 l'anime. 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

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

sait qu'il est précurseur du positivisme juridique, Spinoza dont la pensée autoréférentielle laisse présumer une féconde lecture en termes de mytho-logique, ou encore le courant des réalistes scandinaves qui approfondissent et réaménagent le positivisme kelsenien. Sans parler évidemment de la poursuite de la réflexion relative aux instruments conceptuels que nous avons utilisés pour interroger l'efficace de la dérive mytho-logique 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, comme l'enseignait déjà Sisyphe.

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Table des matières

Préface ... VII

Introduction ... 1

Première partie. Fonction de juger et rationalité mytho-logique

Annonce de la mytho-logique juridique ... 15

Titre I. *L'organisation judiciaire et l'image du juge conforme* ... 17

Introduction ... 17

Chapitre I. — Du Tribunal de cassation à la Cour de cassation : de la portée des transformations révolutionnaires de l'organisation de la fonction de juger ... 21

Section 1. Annotations sur la fonction de juger sous l'Ancien Régime 22

Section 2. Fonction de juger et idéal logicien à la Révolution française 28

§ 1. Conditions de production normative ... 28

§ 2. Le cadre institutionnel ... 33

Section 3. La prétendue coupure post-révolutionnaire ... 44

Chapitre II. — Modèle unitaire et univocité du langage juridique ... 53

Section 1. Aménagement des institutions de jugement ... 53

Section 2. De la responsabilité de l'Etat du fait des actes juridictionnels. 60

Section 3. Fonctions de la Cour de cassation et présupposé d'univocité du langage juridique ... 66

Titre II. *L'interprétation judiciaire et l'image du législateur rationnel* ... 75

Introduction ... 75

Chapitre I. — Contraintes discursives affectant la problématique de l'interprétation ... 81

Section 1. Le texte ... 82

Section 2. L'auteur ... 84

Section 3. L'interprétation ... 86

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Chapitre II. — Contraintes juridiques affectant la problématique de l'interprétation ... 91
Section 1. Un modèle quasi-normatif d'interprétation ... 92
Section 2. L'action du langage et des valeurs juridiques ... 102
§ 1. Application de la loi et langage juridique ... 102
§ 2. Application de la loi et valeurs juridiques ... 115

Chapitre III. — Un modèle théorique de l'interprétation judiciaire de la loi. 121
Section 1 Les thèses en présence ... 121
Section 2. Un modèle théorique de l'interprétation judiciaire de la loi ... 133

Chapitre IV. — Les fonctions exercées par le postulat de rationalité du législateur ... 151
Introduction ... 151
Section 1. Fonction d'argumentation ... 152
Section 2. Fonction de raréfaction ... 156
Section 3. Fonction de légitimation ... 161

Deuxième partie. Logique juridique et rationalité mytho-logique

Approche de la mytho-logique juridique ... 169

Introduction ... 171

Titre I. *L'état de la problématique* ... 175

Chapitre I. — La rationalité juridique comme rationalité logique ... 175

Chapitre II. — Le débat récurrent concernant la logique juridique ... 187
Introduction ... 187
Section 1. M. Kalinowski et le courant formaliste ... 191
Section 2. M. Perelman et le courant non-formaliste ... 198
Section 3. Conceptions marxistes de la logique juridique ... 210

Conclusion ... 217

Titre II. *Tentative de dépassement. L'émergence d'une conception mytho-logique de la rationalité juridique* ... 219

Chapitre I. — Position de l'hypothèse mytho-logique ... 219
Section 1. L'hypothèse de M. Legendre ... 219
Section 2. Illustrations et prolongements dans la littérature juridique ... 231

Chapitre II. — Discussion de l'hypothèse mytho-logique ... 253
Section 1. Repérages historiques ... 253
Section 2. Mytho-logique et imaginaire ... 269
Section 3. Mytho-logique et idéologie ... 280

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Troisième partie. Philosophie du droit et rationalité mytho-logique

Analyse de la mytho-logique juridique ... 295

Titre I. *Eléments pour une lecture mytho-logique de la philosophie du droit. De l'épistémologie à la psychanalyse* ... 297

Introduction ... 297

Chapitre I. — Approche épistémologique. Le débat contemporain ... 305

Introduction ... 305

Section 1. La théorie épistémologique classique ... 308

Section 2. Le sens de la rupture bachelardienne ... 313

Section 3. L'obstacle épistémologique ... 317

Chapitre II. — Approche psychanalytique. Signification analytique de la rationalité du discours (méta-)juridique ... 329

Introduction ... 329

Section 1. Le matériau analytique ... 331

§ 1. Le stade du miroir et l'identification spéculaire ... 334

§ 2. De l'Œdipe à la métaphore paternelle ... 336

Section 2. Interprétation analytique de la rationalité du discours (méta-) juridique ... 340

Titre II. *Aristote, Kant, Kelsen et la rationalité mytho-logique* ... 355

Chapitre I. — La théorie aristotélicienne du droit ... 355

Introduction ... 355

Section 1. La configuration historique de la théorie du droit jusqu'à Aristote : du fondement divin et naturel au fondement rationnel ... 358

§ 1. L'émergence du *nomos* et la recherche de son fondement ... 359

§ 2. La crise sophistique et la résurgence du fondement ... 373

Section 2. La théorie aristotélicienne du droit : du caractère inachevable du discours juridique au présupposé de sa clôture ... 380

§ 1. Le cadre métaphysique de la théorie aristotélicienne du droit ... 384

§ 2. La théorie aristotélicienne du droit ... 397

Conclusion ... 438

Chapitre II. — La *Doctrine du droit* de Kant ... 439

Introduction ... 439

Section 1. La *Doctrine du droit* ... 443

Section 2. Critiques et retombées de la *Doctrine du droit* ... 455

Chapitre III. — La *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen ... 467

Introduction ... 467

LENOBLE J. and OST F. (1980), Droit, mythe, raison - Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 604 p.

Section 1. Le sens de la critique kelsenienne de la doctrine juridique classique ... 473
Section 2. L'épistémologie juridique de Hans Kelsen : exposé et discussion ... 483
§ 1. L'idéal d'une science positive ... 483
§ 2. Une épistémologie juridique ... 485
§ 3. Discussion critique de cette épistémologie ... 493
Section 3. Le problème de la validité des normes juridiques ... 506
§ 1. Introduction : caractère central et enjeu de la problématique de la validité ... 506
§ 2. La problématique de la validité des normes juridiques 511
§ 3. Discussion critique de cette problématique ... 514
Conclusion ... 545

Conclusion ... 547

Index thématique ... 555

Index des auteurs cités dans le texte ... 569

Bibliographie ... 573