

LE DROIT SANS LA JUSTICE

En novembre 2002, à eu lieu, à l'Université de Liège, une rencontre entre chercheurs d'horizons divers autour du *Cap des Tempêtes* de Lucien François, publié dans cette même collection.

Le droit sans la justice? Aux yeux d'Augustin et de la tradition du droit naturel en général, il est impossible d'abstraire l'un de l'autre sans commettre un acte fameux pirate répliquant à Alexandre le Grand: *«Pare que, pare, pare, pare, pare, pare, on m'appelle brigand, toi, parce que tu opères avec une grande troupe d'Empereur!»*. Que répondent à cette objection les théoriciens positivistes qui ont renoncé quant à eux droit et justice? Comment rendent-ils compte, sans la justice, de la différence entre un Etat et une troupe de brigands, une arrestation, un rapt, une extorsion et un impôt? L'un des plus réputés d'entre eux, A. Sassenhau, parlait de cette question comme du *«cap des tempêtes»*, à ne mentir à l'heure d'affronter tout positivisme juridique.

Le cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit est présenté par le Prof. L. François, Professeur émérite à l'Université de Liège, à donner et suivre cet ouvrage. Il s'agit sans doute d'une destination des plus radicales pour aborder le phénomène juridique en dehors de tout présupposé moral, sous une perspective «microscopique» originale qui met le même soin à analyser le crime-faute, l'attente, un racket ou l'organisation complexe de ce que nous appelons l'Etat.

Quelles sont les conséquences *philosophiques* de cette approche microscopique du droit? Sur quels présupposés repose-t-elle? Y a-t-il une anthropologie, une ontologie, qui la sous-tendent? Et *in fine*, est-il réellement possible de contourner le droit en faisant abstraction de tout principe, du moins de tout horizon de justice?

ISBN 2-8027-1868-7



9 782802 718680

www.bruylant.be

Sous la direction de

Edouard DELRUELLE & Géraldine BRAUSCH

LE DROIT SANS LA JUSTICE

Actes de la rencontre du 8 novembre 2002
autour du *Cap des Tempêtes* de Lucien François

BRUYLANT
BRUXELLES

2 0 0 4

L · G · D · J
P A R I S

UNIVERSITÉ DE LIÈGE

LE DROIT SANS LA JUSTICE

*Actes de la rencontre du 8 novembre 2002
autour du
Cap des Tempêtes de Lucien François*

SOUS LA DIRECTION DE

Edouard DELRUELLE & Géraldine BRAUSCH

*Avec le soutien du
Fonds de la Recherche Fondamentale Collective*

BRUYLLANT
BRUXELLES

L. G. D. J.
P A R I S

2 0 0 4

Le droit sans la justice

*Supprimée [...] la justice, que sont les royaumes,
sinon de vastes brigandages ?
Car les brigandages eux-mêmes que sont-ils,
sinon de petits royaumes ?*

(Augustin, La Cité de Dieu, I. IV, ch. IV)

ISBN Bruylant 2-8027-1868-1
ISBN Librairie Générale de Droit
et de Jurisprudence 2-275-02494-8

D / 2004 / 0023 / 17

© 2004 Etablissements Emile Bruylant, S.A.
Rue de la Régence 67, 1000 Bruxelles.

Tous droits, même de reproduction d'extraits, de reproduction photomécanique ou
de traduction, réservés.

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

LIMINAIRE

Après plus de trente années d'enseignement de la théorie générale du droit à l'Université de Liège, Lucien François a voulu laisser à tous ceux que cette théorie intéresse un livre à la fois ancien et nouveau, *Le cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit* ⁽¹⁾. Il y donne à ses idées déjà bien connues grâce à ses ouvrages précédents, en particulier celui consacré au « problème de la définition du droit », une forme nouvelle et plus achevée, mais aussi passablement intrigante.

Quelques-uns de ses amis ou juristes, ou anciens étudiants devenus amis, ont organisé le 8 novembre 2002 une journée de réflexion sur ce livre. Ils souhaitaient d'abord remercier ainsi Lucien François et lui rendre hommage. Mais ils désiraient tout autant approfondir cette œuvre récente et attirer l'attention sur l'originalité avec laquelle son auteur examine une question essentielle qui, pour avoir été posée dès le cinquième siècle par Saint Augustin, n'en est pas moins restée jusqu'aujourd'hui sans réponse satisfaisante. C'est d'ailleurs pourquoi le regretté Norberto Bobbio, la jugeant irrésolue, a pu en écrire, il n'y a guère, qu'elle constituait le « cap des Tempêtes » du positivisme juridique. Lucien François, positiviste convaincu, s'est senti défié par le mot de Bobbio et l'échec persistant de tous ses prédécesseurs. Il a résolu de se lancer avec toute sa bravoure, son expérience, son goût de la controverse, et son savoir-faire, dans une longue navigation. Au terme de celle-ci, il estime avoir doublé le fameux cap sans jamais se briser sur aucun récif, c'est-à-dire avoir réussi à identifier le critère du juridique sans jamais confondre justice et droit.

Les organisateurs de la journée, désirant que le souvenir ne s'en perde pas, ont donné au livre édité à cette fin le titre « Le droit sans la justice ». Il rappelle le passage de « La Cité de Dieu » qui amorce la controverse.

⁽¹⁾ L. FRANÇOIS, *Le cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 2001.

La première partie de ce livre est à l'image de ce que fut la matinee de la journée. Elle commence par une présentation des enjeux juridiques et philosophiques du livre de Lucien François par Edouard Detruelle. Deux autres penseurs de la théorie générale, Philippe Gérard et Robert Jacob, ont ensuite souligné, l'un, la différence spécifique entre une thèse positiviste comme celle de Lucien François et celles qui d'une manière ou d'une autre s'efforcent de « légitimer » les normes juridiques, l'autre, la fécondité de l'ouvrage pour tout travail futur d'anthropologie juridique. A ces trois textes a été joint un quatrième qui est consacré à l'examen du problème paradoxal de la relation de la révolution avec le droit. Lucien François lui-même en est l'auteur. Il y applique la méthode exposée dans *Le cap des Tempêtes* mais le fait sans recourir au lexique particulier qu'il y adopte dans un souci de pureté.

Les traces de ce qui se passa l'après-midi du 8 novembre se retrouvent dans la deuxième partie du présent volume. Elle comprend les réponses que Lucien François a bien voulu donner à quelques questions qui lui furent posées. Ces réponses lui ont permis de préciser sa pensée et ses objectifs. Elles constituent autant de gloses précieuses pour tous ceux, juristes, philosophes, historiens, sociologues, qui voudraient reprendre, pour la poursuivre ou la contester, la pensée de Lucien François.

LE BON, LA BRUTE ET LE TYRAN

PAR

EDOUARD DELRUELLE

La tâche qui m'est assignée dans cet exposé est la suivante : introduire au *Cap des tempêtes*, en cerner les contours et les arêtes, afin de permettre à chacun (qu'il ait lu ou non l'ouvrage) de prendre la mesure de la dimension radicalement critique, démystificatrice et même subversive, de la thèse développée par Lucien François.

Remota justitia est le titre que Lucien François avait un temps projeté de donner à son livre. L'expression est tirée d'un passage célèbre de *La Cité de Dieu* où Saint Augustin relate une anecdote qui met en scène Alexandre-le-Grand :

C'est une pertinente réponse que fit à Alexandre le Grand ce pirate tombé en son pouvoir : « *Pour qui te prends-tu à vexer la mer ?* » — « *Pour qui te prends-tu d'infester la terre ?* répond le pirate avec une audacieuse liberté : *parce que je n'ai qu'un frêle navire, on m'appelle corsaire, et parce que tu as une grande flotte, on te nomme conquérant.* »

Si Augustin juge « pertinente » la réponse du pirate, c'est qu'il estime, en théologien, que les Etats comme ceux d'Alexandre ou de César sont nécessairement corrompus, puisqu'ils poursuivent des buts exclusivement terrestres. Pour qu'un roi se distingue d'un brigand, il lui faut être chrétien, c'est-à-dire se conformer au principe de justice qui ne peut évidemment provenir que de Dieu : « *Sans la justice (abstraction faite de la justice : remota justitia), que sont les Etats, sinon de grandes troupes de brigands ? Et qu'est-ce qu'une troupe de brigands, sinon un petit royaume ?* ».

Pour un tenant du jusrationalisme comme Augustin, il ne fait pas de doute que le droit contienne « *quelque chose de plus* » que des normes posées par un pouvoir : un élément ou référent *moral* — justice de Dieu chez Augustin, volonté générale chez Rousseau, droits individuels chez Locke, etc. Pour un juspositiviste, par contre, ce *quelque chose de plus* fait problème, puisqu'il s'applique, au moins méthodologiquement, à mettre entre parenthèses tout référent

moral. Dès lors, comment, sans la justice, rendre compte de ce qui sépare Alexandre du pirate, ou l'arrestation du rapt ? C'est ce que le célèbre théoricien du droit N. Bobbio appelait le « cap des Tempêtes » que ne peut éviter d'affronter toute théorie juspositiviste du droit.

Si l'on y regarde bien, la plupart des théoriciens juspositivistes (H. Kelsen, N. Bobbio lui-même) maintiennent quand même l'idée qu'il existe une différence de nature (certes non morale) entre un Etat et une mafia. Chez Kelsen, comme on sait, le critère différentiel se trouve dans la fameuse « *Grundnorm* ». Or la thèse principale du *Cap des Tempêtes*, c'est qu'il n'existe qu'une différence de degrés (de complexité), et non de nature, entre l'ordre reçu d'un brigand et celui reçu d'un agent de l'Etat. Aux yeux de Lucien François, le droit s'analyse sans la justice, mais aussi, ajouterai-je, sans l'Etat. Ni la justice ni l'Etat (ni la morale ni le politique, par conséquent) ne donnent au droit ce « *quelque chose de plus* » que : des normes posées par un pouvoir.

Le champ juridique, ainsi dégagé de tout pré-supposé moral ou politique, est donc un champ parfaitement immanent que Lucien François se propose d'analyser au moyen de ce qu'il appelle une *microscopie* du droit, c'est-à-dire une analyse des composants élémentaires de la juridicité. Que faut-il, au minimum, pour reconnaître à un phénomène la qualité de juridique ? La démarche peut être rapprochée de celle du linguiste qui analyse une langue comme un système signifiant composé d'éléments ultimes par eux-mêmes insignifiants (les phonèmes). Lucien François s'est autorisé à forger, sur le modèle du terme phonème, le néologisme *jurème* pour désigner le plus petit composant typique de n'importe quel ensemble juridique.

Pour tenir le pari d'une telle approche microscopique du droit, Lucien François balise sa démonstration d'un certain nombre d'anecdotes, mettant en scène des personnages fictifs, et illustrant à chaque fois un certain niveau de complexité de l'organisation juridique. Je vous propose donc de faire la connaissance de quelques-uns de ces personnages.

Un soir, dans une rue déserte, Sébastien est menacé par un homme armé qui lui dit : « *Jette ton portefeuille par terre et tire-toi* ». L'homme a donné un ordre qu'il a assorti d'une pression par menace de sanction (implicité, mais claire : il est armé) : il a donc

émis un jurème, dont Sébastien est le destinataire. Certes, il s'agit d'un vol, et la confrontation entre les deux protagonistes ne dure que quelques secondes, mais cela ne change rien au fait que la situation ainsi créée est une situation juridique, ou si l'on préfère jurémique. L'occurrence du jurème est ici minimale : un seul auteur, un seul destinataire, une seule exigence, et une durée des plus brèves. Mais il y a jurème.

A partir d'ici, les situations vont progressivement se compliquer. Premier niveau de complexité. Gabriel menace l'épicier du quartier : « *tous les lundis soirs, tu me remettes discrètement 5000 francs (125 euros). C'est le prix de la protection que je t'offre. Sinon, on verra tout casser* », et il donne ensuite toutes sortes d'instructions complémentaires (si la police enquête, etc.). Le racket que Gabriel organise se distingue de la situation précédente sur un seul point : la relation entre auteur et destinataire du jurème est une relation *déroulable*.

Deuxième niveau de complexité : Ludovic organise lui aussi un racket, mais l'étend cette fois à plusieurs commerçants du quartier. Les jurèmes ont donc cette fois plusieurs destinataires, qui forment ainsi un embryon de collectivité par rapport à laquelle Ludovic tient à apparaître comme un personnage redoutable, mais aussi respectable (un « notable »).

Troisième niveau de complexité : Adolphe vit dans une ville gagnée par l'insécurité et la corruption. Jugeant cette situation précise, il recrute des hommes de main chargés d'organiser le racket dans d'autres quartiers. Mais comme ce ne sont que des hommes de main, ils ne peuvent infliger d'autres sanctions que celles ordonnées par Adolphe. Nouveau degré de complexité : le pouvoir de concourir à la production de jurèmes est délégué à des lieutenants dûment habilités. *L'habilitation* (à l'origine de la police, de l'administration) permet une extension des activités d'un pouvoir unique, mais en même temps, l'oblige à le partager avec d'autres.

Quatrième niveau de complexité : Frédéric, pour étendre plus loin encore son racket, dépêche lui aussi des collaborateurs, mais qui sont autorisés à faire usage de la violence et à prendre des initiatives en son absence. De ce fait, Frédéric fait plus que déléguer son pouvoir ; il laisse s'exercer de nouveaux pouvoirs — pour son profit, mais avec le risque que certains d'entre eux ne deviennent trop indépendants, voire concurrents du sien. Toujours est-il que le nou-

veau phénomène, ici, c'est la pluralité des pouvoirs s'exerçant sur le même destinataire. Si ces pouvoirs coopèrent, on parlera alors d'*agglutination*. L'agglutination de plusieurs pouvoirs crée un *agrégat* (« ordre juridique ») (ainsi, la bande dirigée par Frédéric, ou une secte, un parti, un club). Il peut arriver que ces pouvoirs ne coopèrent pas, ou mal (par exemple, plusieurs bandes malféuses peuvent se disputer un même territoire).

Cinquième et dernier niveau de complexité : Maximilien. Dans le pays où il vit, les gouvernements sont paralysés, les services publics désorganisés, la police délaisse des quartiers entiers. La plupart des habitants cherchent leur sécurité en se plaçant sous la protection de bandes de malfaiteurs. Mais ces bandes rivalisent entre elles, créant plus d'insécurité encore. Maximilien, qui dirige l'une de ces bandes, va exploiter le sentiment général d'insécurité. Il donne à sa bande le nom plus présentable de « Ligue », et crée dans la ville une importante zone de sécurité. Assez vite, son pouvoir apparaît comme un véritable « Etat dans l'Etat ». Qu'appelle-t-on ici un Etat ? C'est un agrégat de pouvoirs qui a la prétention d'occuper la première place dans un espace déterminé : c'est un *agrégat dominant*.

Le trait caractéristique de l'agrégat dominant, c'est qu'il ajoute un jurème d'un type tout différent : un jurème de *suprématie* qui interdit, en un lieu donné, à tout autre pouvoir d'user de la violence physique. Observons bien que l'Etat, de ce fait, ne devient nullement le seul agrégat, ou qu'il absorbe les autres, comme on le croit souvent. Il laisse coexister, à ses côtés, d'innombrables autres ordres juridiques (clubs, entreprises, associations, etc.), à la condition qu'ils renoncent à user des sanctions majeures (tuer, enfermer, etc.). L'Etat diffère uniquement de ceux-ci par un degré de puissance. Et ce qui est vrai de la coexistence de l'Etat avec les autres agrégats l'est aussi de la coexistence des Etats entre eux. Lucien François dénonce l'idéalisation du droit international selon laquelle les exigences qui régissent les relations interétatiques formeraient un seul ordre juridique. La « communauté internationale » n'existe pas.

Ainsi, on le voit, pour Lucien François, la totalité des phénomènes juridiques peuvent être ultimement ramenés au jurème, c'est-à-dire au pouvoir — au dispositif de pression par menace de sanction qui assortit toute norme. « Toute légalité, écrit Lucien François, est garantie uniquement, en dernière instance, par la menace de sanc-

tions qui n'ont rien de légal ». Il suffit alors d'ajouter les différents niveaux de complexité : durabilité, délégation ou habilitation, agglutination pour former des agrégats, domination d'un agrégat enfin, pour arriver à ce que nous appelons l'Etat. Lucien François nous permet ainsi de rendre compte, avec un luxe de détails que le lecteur découvrira pas lui-même, du phénomène que Saint Augustin décrivait en précipité :

« Qu'est-ce qu'une troupe de brigands, sinon un petit royaume ? Car c'est une réunion d'hommes où un chef commandé, où un pacte social est reconnu, où certaines conventions régissent le partage du butin. Si cette troupe funeste, en se recrutant de malfaiteurs, grossit au point d'occuper des villes, de subjuguier des peuples, alors elle s'arroge ouvertement le titre de royaume ».

Mais dans ce cas, la question qui vient de suite à l'esprit, c'est : par quel mécanisme la troupe de brigands « s'arrote-t-elle » le titre de royaume ? Par quel mécanisme ce qui est perçu comme extorsion de fond, ou séquestration dans une certaine situation, est-il perçu comme impôt ou emprisonnement, dans une autre ? Comment expliquer ce phénomène de « transsubstantiation » qu'on appelle la *légimité* ? Nous touchons à un point délicat du *Cap des Tempêtes*. Car Lucien François n'ignore pas, évidemment, que le plus souvent, ce n'est pas la menace qui nous fait réagir à un jurème, mais la persuasion, l'adhésion. Le pouvoir est cru davantage qu'il n'est craint.

Mais Lucien François, en fait, ne cède rien : souvent, c'est encore un certain effet du pouvoir qui nous fait obéir de gré, et non seulement de force. Cet effet du pouvoir, par lequel celui-ci se fait accepter, suscite l'adhésion, Lucien François l'appelle le *nimbe*. Le nimbe, c'est cette auréole, ce cercle lumineux figuré en peinture autour de la tête des saints et des anges. De même, dit Lucien François, tout pouvoir se nimbe, c'est-à-dire produit une image avantageuse, voire trompeuse, de lui-même. Ainsi la personnification de l'agrégat dominant (« l'Etat a décidé », « la France a l'intention de ») est un nimbe qui dissimule la multiplicité des pouvoirs qui le composent en réalité, et qui dissimule aussi, par la même occasion, la réalité crue des actes commis en son nom (l'extorsion qu'il devient impôt). De même, ce qu'on appelle en droit une « personne morale » n'est qu'un nimbe entourant un simple agrégat de pouvoirs. Mais le nimbe apparaît déjà avec Ludovic qui tient à apparaître pour un respectable notable, et même avec Gabriel, qui se pose en protecteur. Le droit ne contient pas *quelque chose de plus* que des normes posées par un pouvoir — rien de plus, en tout cas, que le nimbe.

On le voit, Lucien François est un nominaliste de stricte observance, comme G. d'Occam. Rappelons que lors de la querelle des universaux, en XIV^e siècle, deux camps s'affrontaient : d'un côté les « réalistes » (platoniciens, aristotéliciens, thomistes) qui soutenaient que les ensembles et les universaux avaient une existence propre « au-dessus » des réalités singulières (l'« Eglise de Rome » ou « l'homme » ou « la rose » existent en soi, indépendamment des individus qui les composent); d'un autre côté les nominalistes comme Occam qui soutenaient que seuls les individus (Pierre, Paul, Jacques, telle rose, tel arbre) existent, sont réels, et que les ensembles et les universaux ne sont que des *noms*, des fictions qui servent à connoter (noter ensemble) des individus substantiellement distincts. Voilà un terrible coup de tonnerre dans le ciel de la pensée juridique occidentale : un corps politico-juridique, un Etat, une association, une université, etc., ne sont que des fictions instituées, posées par les hommes. En conséquence, tout ordre juridique est nécessairement une construction, un montage, un artifice. Thomas Hobbes, au XVII^e siècle (en parfaite continuité avec Occam) donnera à l'artifice juridique moderne sa première (et plus pure) théorisation. L'Etat souverain, le « Léviathan », est le produit d'un contrat social arrachant les hommes à l'état de nature — classiquement décrit comme un état de guerre de tous contre tous. L'Etat est donc le produit d'une convention. « *C'est l'art qui crée ce grand Léviathan qu'on appelle Etat, lequel n'est qu'un homme artificiel* » (1).

Lucien François se situe dans cette filiation critique de la pensée juridique moderne. Pour lui comme pour Occam ou Hobbes, « la communauté internationale », « la France », « l'Université de Liège », n'existent pas; ce ne sont que des *noms* derrière lesquels agissent des individus exerçant un pouvoir par pression directe, ou par habilitation, agglutination, etc. Il n'y a pas d'impératifs sans *imperator*.

Si l'on doit situer philosophiquement Lucien François, c'est donc dans les parages de G. d'Occam et de Th. Hobbes. Mais aussi, dans ceux de Marx et Nietzsche. Comme eux, Lucien François se dresse comme un protagoniste du soupçon, un perceur de masque qui dissout les fictions, démonte les artifices, afin d'atteindre le sous-sol des rapports de force véritables. Le nimbe est à la théorie de Lucien François, ce que l'idéologie est à celle de Marx. Avec d'ailleurs la

(1) TH. HOBBS, *Leviathan*, « Introduction », trad. Tricot, Sirey, p. 5.

même énigme, celle de la constance ontologique du nimbe. Il n'est qu'illusion, apparence, néanmoins il produit des effets bien réels (adhésion, légitimité, obéissance). Le nimbe *hante* le jurème. Mais quel est l'être d'un nimbe, d'un spectre? Il est et il n'est pas. Dérrière l'ontologie dure de Lucien François (le pouvoir, la force, la pression), il y a chez lui ce qu'on pourrait appeler une *hémiologie* juridique : une théorie critique de ce qui hante le droit, théorie des ombreux mystères, des esprits et fictions à travers lesquels le droit à la fois nous apparaît et se travestit.

En montrant que le roi est nu (que Maximilien n'est qu'un Gabriel qui a réussi), Lucien François se met en porte-à-faux avec une fiction qui est pourtant, de son aveu même, la condition de toutes les fictions sociales : la « fiction de bienveillance » qui caractérise « ceux qui par courtoisie, tact ou galanterie, ne disent pas crûment les choses comme elles sont » (p. 232). Dans le *Cap des Tempêtes*, Lucien François dit les choses avec courtoisie, mais crûment. Tel est ce qu'on pourrait appeler le lucianisme — qui évoque à la fois *lucidus* (la lucidité, la clairvoyance) et Lucifer (le démoniaque). Donc, si l'on demande : à quoi sert le *Cap des Tempêtes*? En quoi est-ce un livre utile?, je répondrais ce que G. Deleuze disait de la philosophie, et qui justifie pleinement, je le répète encore, cette journée philosophique autour de Lucien François :

« ... la philosophie sert à nuire à la bêtise, elle fait de la bêtise quelque chose de honteux. Elle n'a pas d'autre usage que celui-ci : dénoncer la bassesse de bassesse sous toutes ses formes. Dénoncer dans la mystification ce mélange de bassesse et de bêtise, qui forme aussi bien l'étonnante complicité des victimes et des auteurs. Faire des hommes libres, c'est-à-dire des hommes qui ne se confondent pas les fins de la culture avec le profit de l'Etat, de la morale ou de la religion. La philosophie comme critique nous dit le plus positif d'elle-même : entreprise de démystification » (2).

Ce que nous vous proposons, c'est de voir jusqu'où il est possible, et souhaitable, de poursuivre, sans la justice peut-être, mais avec Lucien François en tout cas, cette entreprise de démystification.

(2) G. DELEUZE, *Nietzsche et la philosophie*, Paris, PUF, 1962, p. 121.

NORMES JURIDIQUES, LÉGITIMITÉ ET THÉORIE DU DROIT

PAR

PHILIPPE GÉRARD

Est-il possible de distinguer une véritable obligation juridique d'un simple rapport de force à la faveur duquel une personne contraint autrui d'adopter un comportement déterminé sous la menace de sanctions? Cette interrogation constitue l'un des principaux enjeux du récent livre de Lucien François, *Le cap des Tempêtes* (1). De manière analogue, la comparaison entre l'hypothèse élémentaire de l'ordre appuyé de menaces et la portée des normes juridiques a conduit des théoriciens du droit tels que Hans Kelsen (2) et Herbert Hart (3) à définir les éléments caractéristiques qui permettraient de différencier ces deux types de phénomènes. Etant donné le thème de notre rencontre — les relations du droit et de la justice —, je n'examinerai cependant pas cette question, car les développements qu'elle nécessiterait risqueraient de m'empêcher d'aborder finalement notre sujet.

En fait, dans les analyses développées par Kelsen et par Hart, la référence au modèle de l'ordre appuyé de menaces constitue l'amorce d'une réflexion sur les traits caractéristiques par lesquels les normes juridiques se distinguent, non seulement de ce modèle, mais aussi des normes sociales qui sont étrangères au droit. Les critères proposés par ces auteurs fourniront le point de départ du présent exposé. Dans la première partie de mes remarques, je rappellerai les solutions adoptées par Kelsen et par Hart, ainsi que les problèmes qu'elles suscitent. Je proposerai ensuite une perspective différente qui tend à distinguer les dimensions constitutives des

(1) L. FRANÇOIS, *Le cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2001.

(2) Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Trad. de H. Thévénaz, Neuchâtel, 1953, pp. 36-37; *Théorie pure du droit*, Trad. française de la 2^e édition de la Reine Rechtslehre par Ch. Eisenmann, Paris, 1962, pp. 60-68.

(3) Cf. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Trad. de M. van de Kerchove avec la collaboration de J. Van Drooghenbroeck et R. Côté, Bruxelles, 1976, pp. 19-20, 33-41.

normes juridiques à la lumière d'un ensemble d'études récentes relatives à la validité de ces normes. Ces réflexions préliminaires auront seulement pour but d'identifier et de replacer dans son contexte la prétention de légitimité qui figure parmi ces dimensions.

Cette prétention, ainsi que les références légitimatoires qui contribuent à la justifier, peuvent être étudiées soit dans une perspective descriptive et explicative, soit dans une perspective normative. Ces deux perspectives seront successivement abordées dans la deuxième et dans la troisième parties de mon exposé.

I

Au-delà d'une condition d'effectivité qui concerne à la fois le système juridique dans son ensemble et chacune des normes qui en relèvent, Kelsen, dans la *Théorie pure du droit*, recourt essentiellement à deux critères pour distinguer les normes juridiques positives par opposition aux autres normes sociales qui régissent la conduite humaine.

D'un côté, il considère que les normes juridiques ont pour spécificité de voir leur application garantie par la possibilité d'appliquer des sanctions contraignantes aux personnes qui, parmi leurs destinataires, les auraient transgressées. Pour Kelsen, le droit positif apparaîtrait donc comme un ordre de contrainte⁽¹⁾.

Plus originale, la seconde partie de son explication tend à montrer que les normes juridiques se caractérisent par leur appartenance à un système qui conditionne leur validité. Les normes juridiques se distingueront ainsi par le fait que leur validité dépend de leur conformité par rapport à des normes supérieures du système, normes supérieures qui définiraient essentiellement leur mode d'élaboration. La validité de ces normes supérieures dépendrait à son tour de leur conformité par rapport à des normes plus élevées qui détermineraient également leur mode d'élaboration. Dans cette perspective, le système juridique apparaîtrait comme un étagelement de normes tel que la validité des normes de degré inférieur dépend de leur conformité par rapport aux normes de degré supérieur.

Ce critère suscite cependant un problème dans la mesure où, si l'on veut éviter une régression infinie, la validité des normes qui

(1) Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Trad. française de la 2^e édition, op. cit., p. 46.

occupent le degré le plus élevé dans le système juridique, en particulier la validité des normes constitutionnelles, paraît devoir être fondée sur une norme ultime. En tant que partisan d'une distinction stricte entre l'ordre de l'être et l'ordre du devoir-être, Kelsen estime en effet que la validité d'une norme ne peut être établie que par référence à une autre norme. Ainsi, l'identification complète des normes supérieures qui garantissent la validité des normes inférieures du système doit apparemment conduire à une norme ultime⁽²⁾. Dans la pensée de Kelsen, cette norme est représentée par la norme « fondamentale »⁽³⁾. Distincte de toute norme juridique positive, la norme fondamentale est conçue comme un présupposé indispensable de la théorie du droit, si celle-ci veut pouvoir interpréter les dispositions juridiques comme l'expression de normes valides.

Or, dans la *Théorie pure du droit*, le statut de cette norme présupposée apparaît extrêmement ambigu⁽⁴⁾. D'un côté, sous l'influence du néo-kantisme⁽⁵⁾, Kelsen conçoit cette norme comme une hypothèse ou condition transcendantale dont dépendrait la possibilité d'une théorie scientifique du droit⁽⁶⁾. De l'autre, cette même norme revêt la portée d'un véritable postulat pratique en vertu duquel « on doit se conduire comme la Constitution le prévoit » et qui représente le fondement de la validité de toutes les normes appartenant à un système juridique déterminé. Enfin, dans la dernière phase de son œuvre, Kelsen a même conçu la norme fondamentale comme l'expression de la volonté d'une autorité fictive ou imaginaire⁽⁷⁾. Ainsi, le statut de la norme fondamentale apparaît comme l'un des aspects les plus problématiques de la théorie kelsenienne du droit.

(1) Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Trad. française de la 2^e édition, op. cit., p. 257.

(2) Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Trad. française de la 2^e édition, op. cit., p. 63.

(3) V. o. a. au sujet des ambiguïtés du statut de la norme fondamentale : J. KAZ, « Kelsen's Theory of the Basic Norm », in *The Authority of Law*, Oxford, 1979, pp. 123 et s.; A. PASCZYK, « On the Nature and Function of the Grundnorm », in *Rechtstheorie*, Beiheft 2, Berlin, 1981, pp. 279 et s.; G. LEP, « On the Transcendental Import of Kelsen's Basic Norm », in *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Theory* (S.L. Paulson & B. Litschewski Paulson eds.), Oxford, 1998, pp. 230-234; S.L. PAULSON, « On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm », in *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 279-293; U. BRUNNENNER, « Presupposing the Basic Norm », in *Ratio Juris*, 14, 2001, pp. 143-175.

(4) Cf. S.L. PAULSON, « Introduction », in H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Trad. de B. Lacroche, Paris, Bruxelles, 1997, pp. 6 et 19-23.

(5) Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Trad. française de la 2^e édition, op. cit., pp. 286-288.

(6) Cf. H. Kelsen, « The Function of a Constitution » (1964), in *Essays on Kelsen* (R. Tur & W. Twining eds.), Oxford, 1986, pp. 116-117.

Pour éviter cette impasse, tout en exploitant cependant les intuitions de Kelsen, Hart a proposé pour sa part de concevoir les normes juridiques comme appartenant à des systèmes qui se caractériseraient par l'union de règles primaires et de règles secondaires⁽¹¹⁾. Parmi ces règles secondaires ou supérieures, qui constituent des méta-règles en relation avec les règles-objets que forment les règles primaires⁽¹²⁾, la plus importante est la règle dite de reconnaissance. Quoique l'une et l'autre apparaissent comme des normes ultimes, la règle de reconnaissance, à la différence de la norme fondamentale invoquée par Kelsen, n'est pas une norme présumée qui serait extérieure au système juridique. La règle de reconnaissance définit les critères auxquels doivent correspondre les règles primaires pour pouvoir être considérées comme des règles appartenant au système et, en tant que telles, valides. L'existence de règles secondaires, et en particulier d'une règle de reconnaissance, marquerait ainsi le seuil du juridique, conçu comme un système particulier de normes, même si le terme « droit » peut par ailleurs s'appliquer à des phénomènes qui ne présentent qu'une relation d'analogie avec un système caractérisé par cette structure.

Quoique extrêmement éclairante, l'analyse proposée par Hart n'en comporte pas moins certaines difficultés. Je me contenterai d'en souligner deux.

D'une part, ainsi que l'ont révélé certaines analyses critiques — je songe en particulier à celles proposées par Ronald Dworkin⁽¹³⁾ — il semble que le contenu de systèmes juridiques particuliers ne corresponde pas complètement au modèle qu'en propose Hart. Dans certaines hypothèses, des normes sont tenues pour valides alors même qu'elles ne sont pas conformes aux critères fixés par la règle de reconnaissance. C'est dire qu'au-delà même des zones d'incertitude qui, selon Hart⁽¹⁴⁾, peuvent apparaître dans l'application des critères fixés par la règle de reconnaissance, cette règle ultime peut comporter des limites, au sens où elle ne fournit pas nécessairement les critères requis pour apprécier la validité de toutes les normes appartenant à un système déterminé. L'existence de ces limites

⁽¹¹⁾ Cf. H.L.A. HART, *op. cit.*, pp. 103-125.

⁽¹²⁾ Cf. N. BONICO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *La règle de droit* (Études publiées par Ch. Perelman), Bruxelles, 1971, pp. 112-115.

⁽¹³⁾ V. en particulier R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Trad. par J.-M. Rosignol et F. Linares, révisée par Fr. Michaut, Paris, 1995, pp. 69-150.

⁽¹⁴⁾ Cf. H.L.A. HART, *op. cit.*, pp. 153, 181 et s.

implique que la validité des normes qui ne correspondent pas aux critères de la règle de reconnaissance se justifie en réalité par d'autres raisons.

Pour mesurer la seconde difficulté, il convient de rappeler que Hart ne se contente pas de définir les normes juridiques à la lumière de l'analyse que je viens de résumer. Hart fait une concession au droit naturel en admettant que les normes juridiques positives ou, à tout le moins, certaines d'entre elles doivent avoir un contenu qui satisfasse certains besoins découlant de la condition ou de la nature humaine⁽¹⁵⁾. Pour différentes raisons que je ne puis reprendre ici, Hart demeure cependant partisan du positivisme et, plus précisément, de la thèse selon laquelle la validité des normes juridiques ne dépend pas de leur conformité par rapport à la morale d'une société particulière ou par rapport aux impératifs d'une morale tenue pour éclairée ou authentique⁽¹⁶⁾.

Or, cette thèse caractéristique du positivisme ne paraît pas absolument compatible avec la concession faite par Hart au droit naturel. En effet, la conception selon laquelle des normes juridiques particulières doivent répondre à certaines exigences découlant de la nature ou de la condition humaine a nécessairement pour conséquence de relativiser la séparation du droit et de la morale qui est impliquée par le point de vue positiviste sur la validité du droit. Sans doute peut-on considérer que Hart sauvegarde la cohérence de sa pensée en adoptant une conception strictement formaliste de la validité. En effet, à la différence de Kelsen qui assimile validité et force obligatoire⁽¹⁷⁾, Hart soutient que la validité d'une norme juridique doit être conçue exclusivement comme l'appartenance de la norme en jeu à un système de règles primaires et secondaires, appartenance fondée sur les critères établis par la règle de reconnaissance. Corrélativement, Hart estime que le problème du caractère obligatoire des normes juridiques et de l'obéissance qui leur est due le cas échéant relève exclusivement de la réflexion et de la responsabilité *morales* des individus⁽¹⁸⁾. Cette analyse est sans doute cohérente par rapport à la conception de la validité proposée par Hart. Il n'en demeure pas moins que cette analyse ne paraît pas

⁽¹⁵⁾ Cf. H.L.A. HART, *op. cit.*, pp. 232-239.

⁽¹⁶⁾ Cf. H.L.A. HART, *op. cit.*, pp. 247-252.

⁽¹⁷⁾ Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad. française de la 2^e éd., *op. cit.*, p. 255.

⁽¹⁸⁾ Cf. H.L.A. HART, *op. cit.*, pp. 250-252.

absolument compatible avec les concessions que Hart fait par ailleurs au droit naturel. Ces concessions mettent en effet en cause la séparation du droit et de la morale qui est affirmée par le positivisme à propos des conditions de validité des normes juridiques.

En définitive, il semble donc que la recherche de critères de juridicité par Kelsen et par Hart conduise soit à une impasse, soit à une analyse dont l'applicabilité comporte des limites et dont le contenu ne paraît pas absolument cohérent par rapport au positivisme dont elle s'inspire par ailleurs.

Afin d'éviter ces impasses et ces difficultés, il paraît nécessaire d'adapter les conceptions que je viens de résumer.

Tenter de définir le droit, notamment sous sa forme la plus caractéristique, mais non exclusive, qui est celle de normes positives en vigueur dans des communautés étatiques, exige de prendre en considération une multiplicité de critères. Or, à la suite des synthèses élaborées par Kelsen et par Hart, la théorie générale du droit s'est développée dans des directions qui permettent sans doute de déterminer ces critères. En effet, l'évolution de la théorie du droit depuis une trentaine d'années a été marquée, entre autres, par un renouvellement et un approfondissement des analyses relatives à la validité des normes juridiques. De nombreux auteurs ont été conduits à reconnaître que l'idée de validité elle-même ou, tout au moins, les justifications des jugements concernant la validité des normes juridiques, ne sont pas homogènes, mais qu'au contraire, elles peuvent traduire des notions distinctes. De façon très schématique, et même si tous les auteurs qui ont distingué ces points de vue ne les repré- sentent pas en définitive à leur compte, on peut résumer cette évolution en disant que la validité d'une norme juridique ou les justifications de cette validité peuvent mettre en jeu des considérations qui relèvent

- tantôt de la conformité de la norme en cause par rapport aux normes supérieures du système dont elle fait partie, normes supérieures qui déterminent les critères d'appartenance au système en jeu;

- tantôt du degré d'application de la norme en cause, en tenant compte de l'attitude des autorités chargées de cette application, voire de l'attitude de l'ensemble des destinataires de la norme;

- tantôt, enfin, de la conformité du contenu de la norme par rapport à des principes ou des valeurs tenus pour légitimes⁽¹⁹⁾.

Ces trois ordres de considérations correspondent respectivement à des exigences de *légalité*, d'*effectivité* et de *légitimité*.

En définitive, il me semble que ces trois points de vue permettent de clarifier les types de critères qui peuvent être utilisés en théorie pour justifier la validité des normes et qui, dans les systèmes juridiques concrets, sont mis en œuvre à des degrés divers ou selon différentes modalités⁽²⁰⁾. Dans la mesure où elles correspondent aux critères requis, les normes juridiques pourront être tenues pour valides. Ainsi seront-elles reconnues comme des normes qui, du point de vue du système auquel elles appartiennent, sont obligatoires et doivent être appliquées⁽²¹⁾.

Or, l'on peut se demander si cette analyse ne pourrait pas être exploitée pour définir les dimensions caractéristiques des normes juridiques. Quoique élaborées à l'origine pour clarifier la notion de validité des normes juridiques ou ses types de justification, les distinctions proposées permettraient d'identifier les traits spécifiques par lesquels ces normes se distinguent des autres normes sociales.

Dans cette perspective, les normes juridiques pourraient être distinguées en utilisant trois catégories de critères :

- l'insertion des normes en jeu dans des systèmes qui tendent à déterminer, à l'aide de normes supérieures appropriées, les critères d'appartenance des normes qui forment leur contenu;

⁽¹⁹⁾ V. à ce sujet : R. SCHRAMMER, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin, 1966, pp. 58 et s.; K. OPALKE, « The Problem of the Validity of Law », in *Archivum Juridicum Cracoviense*, III, 1970, pp. 7-19, en partie, p. 8; A. PEZZANIK, « The Concept 'Valid Law' », in *Scandinavian Studies in Law*, 1972, pp. 213-251; J. RAZ, « Legal Validity », in *The Authority of Law*, op. cit., pp. 146-159, not. p. 152 où l'auteur distingue validité « directe » - qui correspond à la condition de légitimité - et validité « systémique », conçue comme appartenance au système juridique; Cs. VARGA, « Heterogeneity and Validity of Law : Outlines of an Ontological Reconstruction » in *Rechtsgelung* (Hrsg. von Cs. Varga und O. Weinberger) (AFSP Beiheft Nr. 27), Stuttgart, 1986, p. 88; J. WROBLEWSKI, « Validité des normes juridiques - Approche analytique », in *Droit et pouvoir*, tome I : *La validité* (Études publiées sous la dir. de Fr. Rigaux et G. Haanrecher par P. Van der Meer), Bruxelles, 1987, pp. 136 et s. (distinguant validité systémique, rielle et axiologique); A. AARNTJ, *Le raisonnement comme raisonnabilité. La justification en droit*, Trad. de G. Warland, Paris, Bruxelles, 1992, pp. 43-60; Fr. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, pp. 324 et s.

⁽²⁰⁾ Cf. Ph. GÉRARD, « Validité juridique et souveraineté », in *Archives de Philosophie Sociale et de Philosophie du Droit*, LXXII, 1986, pp. 316-320.

⁽²¹⁾ V. sur cette signification de la validité : E. BERTHAUX, « Time and Validity », in *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems* (A.A. Martino ed.), Vol. II, Dordrecht, 1982, p. 66.

- le fait que les normes en jeu soient assorties de garanties, voire de dispositifs spécifiques, visant à assurer leur application par leurs destinataires;

- le fait que les normes en jeu impliquent une prétention selon laquelle leur contenu doit être considéré comme légitime.

Etant donné que mes remarques porteront essentiellement sur la prétention de légitimité qui s'attache aux normes juridiques, je ne poursuivrai pas ici l'examen de ces trois types de critères. Leur présentation avait seulement pour but d'éclairer le contexte dans lequel s'inscrit cette prétention de légitimité.

Je relèverai seulement que l'un des avantages d'une telle analyse tient dans le fait qu'elle permet de situer, par rapport aux normes dont le caractère juridique n'est pas contesté - telles les normes d'un système de droit étatique - certains phénomènes normatifs qui, sans être assimilables à un système de cette nature, relèvent d'une zone intermédiaire entre le droit et le non-droit. Des recherches éclairantes ont permis d'identifier des phénomènes de ce type, dont certains ont été désignés par le terme d'*infra-droit* (22), d'autres par celui de *para-légitimité* (23). Or, si ces normes apparaissent en marge du droit étatique, voire en opposition avec certaines de ses dispositions, elles peuvent néanmoins être considérées comme les manifestations d'un droit en voie de constitution. Bénéficiant de garanties d'effectivité, tenues pour légitimes par les membres des collectivités dans lesquelles elles sont appliquées, ces normes ne sont pas reliées à des critères d'appartenance ou de reconnaissance. Mais, si elles ne relèvent pas encore d'un système juridique accompli ou achevé, ces normes peuvent néanmoins être considérées comme l'un des phénomènes qui illustrent le processus graduel par lequel s'opère éventuellement la transition du non-droit vers le droit.

A *fortiori*, les critères proposés paraissent applicables aux ordres juridiques non étatiques qui peuvent combiner les traits caractéristiques du droit : critères de reconnaissance, garanties d'application et prétention de légitimité. Ces trois catégories de critères sont donc compatibles avec une conception pluraliste des normes juridiques.

(22) V. à ce sujet J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 1978, pp. 218 et s. (sur les phénomènes infra-juridiques); A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, t. 1. *Où va la Sociologie du droit?*, Paris, 1981, pp. 22-26, 325-331.

(23) V. à ce sujet H. DUMONT, *Les pluralismes idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, vol. 1. *De 1830 à 1970*, Bruxelles, 1996, n° 24-51.

II

Parmi les caractéristiques des normes juridiques, j'ai proposé d'inclure une dimension qui concerne leur légitimité. Je voudrais à présent évoquer de manière plus détaillée cet aspect.

Du plus humble règlement aux dispositions les plus prestigieuses, les normes juridiques impliquent apparemment une prétention en vertu de laquelle leur contenu doit être considéré comme légitime (24). Cette prétention découle du fait que le contenu de ces normes traduit une représentation de l'ordre social légitime et désirable. Cette représentation ne comporte pas seulement une dimension morale, mais peut également impliquer, entre autres, des dimensions d'ordre social, politique, économique ou religieux.

Sans doute cette prétention de légitimité ne permet-elle pas à elle seule de distinguer les normes juridiques par rapport à d'autres normes sociales. Elle doit être complétée par des critères supplémentaires comparables à ceux que je viens de proposer. Cependant, quoiqu'insuffisante, cette prétention de légitimité apparaît comme une dimension qui est indissociable du droit. De ce point de vue, je serais tenté de dire qu'il n'y a pas de droit, non pas sans légitimité, mais certainement sans prétention à la légitimité.

De nombreux indices attestent l'existence de ce présupposé. Compte tenu des limites du présent exposé, je me contenterai d'en relever quatre.

L'un des plus révélateurs est fourni par l'exemple de certaines normes historiques qui sont généralement considérées à l'heure actuelle comme absolument injustes et dépourvues de légitimité. De ce point de vue, l'analyse des formes les plus monstrueuses du droit permet d'éclairer l'anatomie des normes ordinaires. Ainsi, la législation antisémitique du régime national-socialiste ou celle du régime de Vichy ne se contentaient pas d'exprimer la haine raciale. Les mesures imposées par ces lois étaient présentées comme les conditions d'un ordre social légitime. Cette prétention s'est d'ailleurs reflétée dans les commentaires de certains juristes qui, même s'ils n'adhéraient pas personnellement aux mesures visées, ont décrit sans distance critique les objectifs qu'elles poursuivaient. Ainsi,

(24) Comp. dans ce sens R. ALEXY, « On Necessary Relations Between Law and Morality », in *Ratio Juris*, 2, 1989, pp. 167-183, en partie, pp. 177 et s., soulignant que les normes juridiques impliquent une prétention de justice (correction).

commentant certaines dispositions du statut des juifs adopté par le régime de Vichy, le juriste français Henry Vizioz relevait que ces mesures avaient « pour but de soustraire à leur influence la vie publique et économique »⁽²⁵⁾. Indépendamment de ses effets banalisateurs⁽²⁶⁾, ce genre de description révèle, à travers sa candeur même, la prétention de légitimité qui était inhérente aux dispositions en jeu : l'objectif visé était présenté par ces lois comme un but légitime auquel toute personne était censée devoir adhérer. La prétention de légitimité inhérente à ces normes apparaît ici d'autant plus visible qu'elle subit en l'espèce une forme de dévoilement, dans la mesure où elle est mise au service d'objectifs qui sont considérés comme intolérables.

Par ailleurs, si elle est généralement implicite, la prétention de légitimité qui caractérise les normes juridiques peut néanmoins s'exprimer le cas échéant dans des dispositions préliminaires qui font par ailleurs référence aux principes ou aux valeurs censés justifier cette prétention. Ainsi, dans le domaine du droit international des droits de l'homme, les deux Pactes adoptés en 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies, l'un relatif aux droits civils et politiques, l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels, comportent un préambule qui exprime de manière tout à fait explicite la prétention de légitimité qui s'attache aux normes établies par ces instruments, ainsi que les valeurs invoquées pour justifier cette prétention.

L'existence de cette prétention est également révélée par les travaux préparatoires qui entourent l'élaboration de nombreuses dispositions de droit positif. Ces travaux sont généralement émaillés de déclarations par lesquelles les auteurs des dispositions proposées tentent de justifier leur légitimité.

Enfin, certaines formes de résistance aux normes juridiques sont également révélatrices de l'existence de cette prétention. Elles-mêmes fondées sur certains impératifs d'ordre moral, l'objection de conscience et la désobéissance civile impliquent, sinon nécessaire-

ment⁽²⁷⁾ du moins en règle générale, une contestation de la légitimité revendiquée par les normes juridiques qui constituent leur cible. En effet, le caractère généralement non violent de ces formes de résistance implique que leurs auteurs renoncent à user de la force dans le but de contraindre les autorités à modifier les normes critiquées. L'enjeu principal de ces formes d'opposition, et en particulier de la résistance civile, est précisément d'ouvrir un débat sur la légitimité des normes en cause. La portée de ces formes de contestation est incompréhensible si l'on méconnaît le fait qu'elles visent à contester la légitimité dont les normes juridiques en vigueur sont apparemment revêtues.

Les indices que je viens d'évoquer devraient être complétés par un ensemble d'analyses qui concernent l'activité des organes chargés de l'application du droit, et, en particulier, des autorités juridictionnelles. Ainsi pourrait-on constater que lorsque ces autorités doivent surmonter des difficultés exceptionnelles concernant l'identification des normes applicables, leur activité d'interprétation, voire de création normative, est guidée en dernière instance par une représentation idéale du droit⁽²⁸⁾. Dans ces situations critiques, il est inévitable que la portée des normes juridiques particulières soit déterminée à la lumière des enjeux fondamentaux de l'institution spécifique que représente le droit en général et, entre autres, en fonction de l'ambition caractéristique en vertu de laquelle le droit prétend assurer un ordre social légitime.

La prétention de légitimité inhérente au droit est elle-même liée à la prétention de validité qui sous-tend les normes juridiques et qui revêt la portée d'une prétention de force obligatoire ou d'applicabilité. Conjointement aux critères supplémentaires que j'ai précédemment évoqués, les valeurs ou les principes qui sont censés justifier la légitimité des normes juridiques contribuent également à justifier leur validité.

⁽²⁷⁾ Il est en effet concevable que ces formes de résistance soient dirigées le cas échéant contre certaines mesures imposées par un pouvoir de fait et n'impliquant en tant que telles aucune prétention de légitimité.

⁽²⁸⁾ À ce propos, l'on peut se référer, entre autres, aux analyses que Ronald Dworkin a consacrées à la mise en œuvre des principes du droit par les juges (cf. R. DWORCIN, *op. cit.*, pp. 79-107). J'ai pour ma part également tenté de mesurer le rôle qu'une représentation idéale du droit pouvait jouer, en tant que précompréhension fondamentale, dans la référence à des normes telles que les principes généraux du droit (cf. Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, Bruxelles, 1981, pp. 251-276).

⁽²⁵⁾ H. Vizioz, *Études de procédure*, Bordeaux, 1956, p. 213, n° 33.

⁽²⁶⁾ V. sur cet effet de banalisation et d'effacement de la législation antisémite, effet produit par les pratiques professionnelles ordinaires des juristes : D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les méandres du positivisme juridique », in C.U.R.A.P.F., *Les usages sociaux du droit*, Paris, 1989, pp. 260 et s.; Ph. FABRE, *Le Conseil d'État et Vichy : la continuité de l'unité-méisme*, Paris, 2001, n° 347-348.

La prétention de légitimité sous-jacente aux normes juridiques repose en effet sur des principes ou des valeurs qui sont censés garantir son bien-fondé, dans la mesure où ces principes et ces valeurs sont eux-mêmes présumés légitimes. Ces principes et ces valeurs constituent donc les fondements *apparents* de la légitimité des normes juridiques, c'est-à-dire les fondements de leur légitimité du point de vue du système particulier dont elles relèvent.

S'il est banal de constater que ces principes et ces valeurs peuvent varier d'un système juridique à un autre, il est plus intéressant de relever que ces systèmes sont généralement traversés par des tensions qui résultent du fait que les normes dont ils sont constitués traduisent des principes de légitimation malaisément conciliables.

De nombreux exemples permettent d'illustrer cette situation. Ainsi, dans certaines circonstances historiques dramatiques, des normes traduisant des conceptions politiques et morales inconciliables avec les principes dominants d'un système juridique peuvent être introduites dans ce système et lui imposer par là-même des tensions. Le commentaire de Vizioz auquel j'ai fait référence et qui concernait les conditions de validité de la demande en justice, en particulier la condition de capacité, est très instructif à cet égard. Il révèle en effet la tension entre la législation antisémite du régime de Vichy (en l'espèce les lois du 22 juillet 1941 et du 17 novembre 1941 qui tendaient à placer sous administration provisoire les entreprises appartenant à des Juifs, ainsi qu'à frapper ces derniers d'une série d'interdictions professionnelles) d'une part, et, de l'autre, les principes libéraux dominants du droit privé français (en l'espèce le principe selon lequel la capacité est la règle, l'incapacité l'exception). Vizioz exploite précisément cette tension pour proposer une interprétation restrictive de la loi du 17 novembre 1941⁽²⁹⁾.

En dehors même de circonstances exceptionnelles, les systèmes de normes juridiques impliquent fréquemment des représentations légitimatoires qui mettent en jeu des notions hétérogènes. Ainsi a-t-il été démontré de manière convaincante, à partir de l'exemple du droit français, que ce dernier inclut des normes dont le contenu reflète tantôt une rationalité de type libéral, tantôt une rationalité propre au « droit social »⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Cf. H. Vizioz, *op. cit.*, pp. 213-214, n° 33.

⁽³⁰⁾ V. à ce sujet Fr. Ewald, *L'État Providence*, Paris, 1986.

Enfin, l'exemple des systèmes juridiques de nombreux pays en voie de développement révèle que la modernisation de ces systèmes, et en particulier leur adaptation aux exigences du droit international des droits de l'homme, engendre en leur sein des tensions dans la mesure où ils incluent par ailleurs des normes qui reflètent des principes de légitimation traditionnels.

La théorie du droit ne peut méconnaître la prétention de légitimité qui habite les normes juridiques, de même que les principes qui sont censés justifier cette prétention. En effet, ces principes de légitimation déterminent la portée des normes et des institutions juridiques, ainsi que les fonctions qu'elles assument dans leur contexte social.

Dans la mesure où elle répond à un intérêt de connaissance, la théorie du droit doit donc tenter d'analyser et d'expliquer les différents rôles que jouent ces principes de légitimation.

L'on peut cependant se demander si, dans cette entreprise, la théorie du droit ne s'expose pas au risque que dénonce L. François d'un point de vue positiviste⁽³¹⁾. Ce risque consiste à faire intervenir des jugements de valeur dans des analyses qui, en apparence au moins, ont exclusivement pour but d'accroître la connaissance et la compréhension que nous pouvons avoir de la réalité du droit.

Il est incontestable qu'au-delà de leurs ambitions scientifiques, les théories du droit, y compris les théories d'inspiration positiviste, ont souvent joué un rôle dans la légitimation du droit lui-même. Et l'on doit reconnaître qu'elles n'ont pu remplir cette fonction qu'au prix d'une confusion entre point de vue descriptif et explicatif, d'une part, et point de vue évaluatif et normatif, d'autre part.

Diverses raisons, dont je ne puis entreprendre ici l'analyse détaillée, permettent de comprendre pourquoi la théorie du droit en général est particulièrement exposée à ce risque. La première d'entre elles tient précisément dans le fait que son objet est constitué par des normes qui sont porteuses d'une prétention de légitimité. La théorie du droit est dès lors constamment exposée à la tentation de participer à la justification ou à la critique de cette prétention. Par ailleurs, souvent élaborée par des juristes pour d'autres juristes, la théorie du droit s'inscrit en général dans le cadre d'études dont le but principal est de former des experts qui seront appelés à mettre

⁽³¹⁾ Cf. L. François, *op. cit.*, n° 175, pp. 321-322.

leurs connaissances au service de l'élaboration et de la mise en œuvre des normes juridiques. Or, la prétention de légitimité qui s'attache aux normes juridiques particulières s'étend évidemment à l'institution du droit en général et aux activités de connaissance, d'application et d'élaboration qui concernent les normes dépendant de cette institution. A cet égard, la théorie du droit a souvent été conduite à jouer le rôle d'un discours de rationalisation et de légitimation de l'institution juridique en général.

Néanmoins, la confusion entre explication et jugements de valeur qui en résulte ne doit pas être considérée comme un phénomène irrémédiable. Ainsi que l'attestent de nombreux exemples récents, développer une théorie explicative du droit ne constitue pas une tâche impossible. En effet, les risques de confusion que je viens d'évoquer me paraissent pouvoir être évités, pour autant que la théorie du droit, en s'inspirant des suggestions de Hart⁽³²⁾, adopte le point de vue externe d'un observateur dont la tâche est de décrire les principes de légitimation qui sont sous-jacents aux normes juridiques, d'analyser les concepts qu'ils mettent en jeu, ainsi que l'influence qu'ils exercent sur l'efficacité de ces normes. En tant que point de vue externe, cette perspective se caractérise par le fait que l'observateur tient en suspens, provisoirement au moins, la question normative de l'acceptabilité même des principes en cause et des raisons susceptibles de justifier cette acceptabilité. Le rôle d'un tel observateur se limite à décrire et à expliquer la portée des principes de légitimité qui sont impliqués par le droit. Pour atteindre cet objectif, la théorie du droit doit mettre en œuvre les instruments d'analyse que peuvent lui procurer, entre autres, des disciplines telles que la philosophie, l'histoire, la sociologie, l'anthropologie, l'économie ou la science politique. Ces disciplines offrent en effet à la théorie du droit des ressources indispensables pour développer une analyse explicative des phénomènes juridiques.

Sans doute, en adoptant ce point de vue externe, la théorie du droit ne répond-elle pas à l'exigence de justification qui est impliquée par la prétention de légitimité des normes juridiques et qui ne peut être satisfaite que par la voie d'une réflexion normative, à la

⁽³²⁾ V. sur ce point de vue externe : H.L.A. HART, *op. cit.*, pp. 114-115. A la suite de Hart, le point de vue proposé est celui d'un observateur qui, sans accepter lui-même les principes en jeu, analyse la manière dont les destinataires des normes les considèrent d'un point de vue interne.

fois distincte et complémentaire, que j'évoquerais dans la troisième partie de cet exposé. En effet, même si, par rapport à cette réflexion normative, elle peut être envisagée comme un préalable indispensable, cette analyse externe ne poursuit pas un objectif de légitimation. Elle correspond à la finalité d'une théorie scientifique du droit dont l'enjeu est d'étendre notre connaissance des phénomènes juridiques. Dès lors, pour autant qu'elle soit menée d'un point de vue externe, cette analyse permet d'échapper à la confusion entre explication descriptive et légitimation. Reconnaître que le droit implique une prétention de légitimité qui repose sur des principes dont le contenu et la portée peuvent être analysés d'un point de vue externe n'équivaut pas à justifier ou à critiquer le droit en fonction de jugements de valeur.

Si la théorie du droit renonce à ce type d'analyse, elle risque de se cantonner dans des études formelles qui, même si elles peuvent éclairer des propriétés importantes des phénomènes juridiques, laissent en dehors de leur champ l'une des dimensions constitutives du droit. Kelsen s'est parfois vanté d'avoir élaboré une théorie du droit qui soit applicable à tout ordre juridique étatique, peu importe qu'il s'agisse — je cite ses exemples — de celui de l'Union soviétique, de l'Espagne franquiste ou de la France démocratique⁽³³⁾. En réalité, ce que Kelsen considérait comme une vertu de la théorie pure me paraît au contraire trahir les limites d'une analyse formelle qui renonce à étudier, même d'un point de vue descriptif et explicatif, la dimension de légitimité qui est indissociable du droit.

III

Les questions que je voudrais aborder à présent concernent le rôle des principes de légitimation qui sous-tendent les normes juridiques. Ces questions relèvent d'une réflexion normative sur la valeur ou sur la légitimité même des principes en jeu. En effet, au départ d'analyses qui éclairaient leur portée en général, l'on peut s'interroger sur la valeur légitimatrice de ces principes, non seulement dans une perspective critique, mais aussi dans une perspective positive, visant à dégager les critères ou les arguments rationnels qui permettraient de justifier cette valeur.

⁽³³⁾ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit, op. cit.*, p. 60.

En effet, lorsque ces principes de légitimation sont envisagés par un observateur qui décrit et tente d'expliquer les phénomènes juridiques en adoptant le point de vue externe que j'ai précédemment évoqué, toute interrogation sur leur valeur légitimatrice est exclue ou, tout au moins, tenue en suspens, dans la mesure où cette valeur est présumée acquise dans le cadre du système juridique observé.

En revanche, lorsque ce point de vue externe est abandonné, la valeur légitimatrice des principes en jeu apparaît, sinon contestable, au moins comme l'objet d'une interrogation inévitable. Elle paraît dès lors requérir des justifications qui permettent d'établir son bien-fondé. Dans cette nouvelle perspective, la valeur des principes de légitimation devient donc l'enjeu d'une réflexion normative qui vise à dégager les raisons permettant de justifier cette valeur elle-même.

En visant à justifier la prétention de légitimité qui est indissociable des normes juridiques, les principes de légitimation tendent par là même à justifier l'autorité pratique que le droit revendique à l'égard de ses destinataires.

Or, il semble que pour pouvoir remplir ce rôle, ces principes doivent eux-mêmes exprimer des intérêts qui sont censés représenter une valeur pour toute personne et qui jouissent en tant que tels d'une validité *universelle*.

Dans leur critique de l'idéologie, Marx et Engels avaient déjà relevé ce fait en soulignant, dans le contexte d'une analyse en termes de rapports de classes, que chaque classe dominante est obligée de représenter son intérêt comme celui de tous les membres de la société et de donner à ses pensées la forme de l'universalité, c'est-à-dire de les représenter comme étant les seules universellement valables⁽³⁴⁾. Dans une perspective théorique différente, le grand critique de l'idéologie que fut Hans Kelsen devait également reconnaître que les notions légitimatrices mises en jeu par le droit, en particulier l'idée de justice, prétendent à une validité universelle⁽³⁵⁾.

C'est à dessein que je viens d'évoquer la critique de l'idéologie. Celle-ci fait évidemment surgir une interrogation sur la valeur des principes de légitimation du droit. Ces principes n'ont-ils pas en réalité pour fonction de rationaliser des rapports de domination ou

⁽³⁴⁾ Cf. K. MARX et F. ENGELS, *L'idéologie allemande* (Présentée et annotée par G. Budia, Trad. de H. Auger, G. Budia, J. Baudrillard et R. Cartelle), Paris, 1988, p. 77.

⁽³⁵⁾ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, op. cit., p. 53.

d'exploitation que les normes juridiques contribuent à établir et à stabiliser ? Quoi que posée dans un contexte différent, une interrogation comparable est soulevée dans le *Cap des Tempêtes* à propos de la rhétorique autojustificative des émetteurs de jurèmes, rhétorique qui met en jeu, le cas échéant, des illusions tendant à dissimuler la volonté de ces émetteurs⁽³⁶⁾.

Avant d'aborder cette question, je voudrais rappeler que, d'un point de vue historique, la critique de l'idéologie, y compris la critique que marxiste, participe évidemment de l'esprit des Lumières et, en particulier, de la critique des préjugés qui étaient censés entraver l'usage autonome de la raison.

Mais, la critique de l'idéologie procède également d'un autre phénomène caractéristique du XVIII^e siècle : la prise de conscience de la nature paradoxale de l'action individuelle et de l'action collective. Les sciences sociales naissantes, qu'il s'agisse de la science économique ou de la science politique⁽³⁷⁾, la philosophie politique et la philosophie de l'histoire, au même titre que certaines œuvres artistiques⁽³⁸⁾, témoignent de la prise de conscience des paradoxes qui traversent la société ou qui se manifestent dans l'action rationnelle des individus, tout en s'accompagnant de résultats positifs ou négatifs. La « main invisible » d'Adam Smith, le théorème du jury de Condorcet, la figure de la ruse de la nature ou de la raison dans la pensée de Kant et de Hegel constituent autant d'exemples, parmi d'autres, de cette prise de conscience.

Il me semble que la critique de l'idéologie participe également de cette sensibilité. A cet égard, il est révélateur que Marx et Engels aient conçu le phénomène de l'idéologie à l'aide de métaphores qui mettent en jeu des paradoxes : ainsi la métaphore de l'œuvre qui

⁽³⁶⁾ Cf. L. FRANÇOIS, op. cit., n° 49 et n° 83, p. 142.

⁽³⁷⁾ Dans ce sens, Raymond Boudon relevait naguère que « toute la philosophie politique du dix-huitième siècle, toute l'économie de la fin du dix-huitième siècle et du début du dix-neuvième siècle, dont Marx était nourri, tournaient autour des paradoxes de l'action collective » (R. Boudon, « Préface », in M. OLSON, *Logique de l'action collective*, Trad. de M. Lavi, Paris, 1978, p. 17).

⁽³⁸⁾ Ainsi, les relations de Voltaire et de sa victime dans *Les liaisons dangereuses* ou celles de Ferrando et Firding dans *Cost fan tuà* illustrent à la fois les résultats paradoxaux auxquels peut conduire l'action stratégique d'un individu et les relations paradoxales entre nature et artifice. Par ailleurs, dans le domaine de la philosophie politique, le *Contract social* de Rousseau représente l'un des meilleurs exemples de mise en œuvre délibérée des relations paradoxales entre nature et artifice (Cf. J. STRAKOSINSKI, « Le remède dans le mal : la pensée de Rousseau », in *Le remède dans le mal. Critique et légitimation de l'artifice à l'âge des Lumières*, Paris, 1989, pp. 177 et s.).

finir par dominer ses créateurs⁽³⁹⁾ ou encore celle de la *camera obscura* selon laquelle, dans l'idéologie, les hommes et leurs rapports apparaissent placés la tête en bas⁽⁴⁰⁾.

Ce bref détour par l'histoire permet de définir le type de paradoxe que la critique de l'idéologie tend à dévoiler à propos des principes de légitimation du droit. En effet, les fonctions de l'idéologie ne se réduisent pas à un simple écart entre l'idéal et le réel. Le paradoxe idéologique se manifeste par le fait que des principes jouissant apparemment d'une validité *universelle*, parce que censés traduire des intérêts ayant valeur pour tous, ne serviraient en réalité qu'à légitimer, en les reproduisant sous une forme déguisée, des relations d'exploitation et de domination qui favoriseraient les intérêts *particuliers* de certains groupes sociaux. Je voudrais formuler deux remarques sur ce type de paradoxe.

En premier lieu, il est effectivement possible, dans certains contextes, de repérer des tensions paradoxales entre des principes de légitimité à valeur universelle d'une part, et, de l'autre, des situations sociales qui favorisent des intérêts spécifiques et qui sont étalées ou renforcées par des normes juridiques particulières. Le droit constitue à cet égard un champ d'observation remarquable car il représente par excellence l'intermédiaire pratique — à travers les normes qu'il impose et dont il tend à assurer l'application — entre les principes en jeu et les situations sociales prises comme références. En d'autres termes, c'est à la faveur d'une confrontation avec les situations et les rapports sociaux qu'ils contribuent à établir que des règles juridiques particulières, ainsi que leurs principes sous-jacents de légitimation, peuvent trahir leur fonction idéologique.

Mais, il convient de souligner que cette confrontation n'implique pas seulement une analyse de situations et de rapports sociaux déterminés, dans le but d'identifier les intérêts particuliers qu'ils favorisent en réalité. Cette confrontation ne peut dévoiler de paradoxes idéologiques que dans la mesure où, par ailleurs, les principes de légitimation critiqués prétendent exprimer des intérêts ou des valeurs de portée universelle.

⁽³⁹⁾ Cf. K. MARX et F. ENGELS, *op. cit.*, Préface, p. 34 : « Ces produits de leur cerveau ont grandi jusqu'à les dominer de toute leur hauteur. Créateurs, ils se sont inclinés devant leurs propres créations. »

⁽⁴⁰⁾ Cf. K. MARX et F. ENGELS, *op. cit.*, p. 50.

Or — et tel est le second point que je voudrais souligner — étant donné cette prétention d'universalité qui, aux yeux mêmes des critiques de l'idéologie, caractérise les principes de légitimité, il ne semble pas que ces derniers puissent être analysés exclusivement comme une rationalisation de la domination. Même les principes d'une idéologie inégalitaire, explicitement destinée à légitimer des formes de domination, ne peuvent être réduits à une logique de cette nature, dans la mesure où leur fonction légitimatrice implique la référence à des valeurs ou à des intérêts jouissant apparemment d'une validité universelle⁽⁴¹⁾.

En effet, la prétention selon laquelle des principes traduiraient des intérêts présentant une valeur pour tous paraît impliquer un ensemble de présupposés qui sont incompatibles avec une logique de la domination. En premier lieu, dans la mesure où la légitimité des intérêts en jeu est telle qu'elle doit être reconnue ou admise par tous, toutes les personnes sont *ipso facto* envisagées, non seulement comme des êtres humains égaux, mais aussi comme des personnes appelées à et capables de reconnaître la légitimité de valeurs ou d'intérêts déterminés. Ce premier présupposé implique par ailleurs le respect de l'existence de ces personnes, en tant que membres de la collectivité totale que forme l'humanité. L'ensemble de ces présupposés paraissent inconciliables avec un projet de domination. Il en résulte que la fonction idéologique éventuellement assumée par des principes de légitimation n'est pas inhérente à leur portée, mais qu'elle apparaît plutôt comme une fonction accidentelle.

Ces remarques me conduisent à évoquer certaines conditions historiques de possibilité de la critique de l'idéologie. Deux éléments peuvent être soulignés à ce propos.

D'une part, dans la mesure où la critique de l'idéologie dépend de la prétention d'universalité inhérente aux principes de légitimation, la prétention qui implique elle-même l'égalité des êtres auxquels elle s'adresse, cette critique semble indirectement dépendante de l'idéal d'égalité qui constitue l'un des fondements des sociétés démocratiques.

⁽⁴¹⁾ De ce point de vue, une idéologie et une politique de domination et d'exclusion impliquent un paradoxe interne supplémentaire, dès lors qu'elles s'expriment sous la forme de normes porteurs d'une prétention de légitimité qui se réfère elle-même à des valeurs ou à des intérêts censés jouir d'une validité universelle.

D'autre part, il convient de rappeler qu'en général, la critique des distorsions idéologiques a eu pour conséquence de stimuler la recherche de nouveaux principes de légitimité ou de susciter de nouvelles interprétations des principes existants dont la portée s'était révélée illusoire. Cette seconde hypothèse peut être illustrée par divers exemples tels que l'évolution de l'interprétation du principe d'égalité ou, de manière analogue, le développement qu'a connu la notion de droits de l'homme depuis le XIX^e siècle.

Or, si l'on envisage rétrospectivement l'ensemble du processus qui combine critique de l'idéologie et révision des références légitimatrices, sans doute peut-on le considérer comme un processus d'*exploration* par lequel les sociétés démocratiques recherchent les normes les plus adéquates, ainsi que les principes susceptibles de les justifier. De ce point de vue, en tant que processus d'exploration, la critique de l'idéologie et les phénomènes d'adaptation qu'elle suscite paraissent dépendants de l'incertitude sur les fondements de la loi qui représente également l'une des caractéristiques essentielles des sociétés démocratiques⁽⁴²⁾. La critique de l'idéologie ne serait pas possible en dehors de ce contexte d'incertitude qui concerne la légitimité des normes sociales et qui favorise l'évolution ou la transformation des références légitimatrices. Et celles-ci ne sont jamais à l'abri d'une progression de la critique qui peut prendre appui sur l'évolution incessante de leur contexte social d'application pour dévoiler de nouvelles distorsions idéologiques⁽⁴³⁾. L'analyse de l'idéologie apparaît ainsi comme une forme de critique et de développement normatif propre aux sociétés démocratiques.

Si la critique de l'idéologie favorise l'évolution des références de légitimation dans le contexte des sociétés démocratiques, elle débouche nécessairement sur une réflexion qui concerne les critères ou les raisons qui permettraient de justifier la validité universelle de ces références. Cette réflexion normative représente à la fois l'un des

(42) V. sur cette caractéristique : Cl. LÉVOT, « La question de la démocratie », in *Essais sur le politique (XIX^e - XX^e siècles)*, Paris, 1986, p. 29; Ph. GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, 1995, pp. 114-115.

(43) Ainsi, pour n'évoquer qu'un seul exemple et sans prendre parti sur sa valeur, les conceptions actuellement dominantes en matière de droits de l'homme ont été critiquées à la lumière du processus mondial de globalisation, dans la mesure où elles contribuent à renforcer, tout en les dissimulant, les conséquences discriminatoires de ce processus dans les rapports entre pays développés et pays en voie de développement (cf. T. EVANS, *The Politics of Human Rights. A Global Perspective*, Londres, 2001).

principaux enjeux de la philosophie morale et politique et l'un des aspects du processus exploratoire que je viens d'évoquer.

Dans ce domaine, si l'on laisse de côté les orientations relativistes ou sceptiques, la réflexion contemporaine tend à donner à l'universalité la portée d'une exigence de justification *impartiale* des intérêts ou des valeurs susceptibles de s'exprimer dans des principes de légitimation et dans les normes qui en découlent.

En revanche, en ce qui concerne la portée de cette exigence, la philosophie morale et politique ne fournit pas de réponses concordantes. Parmi ces diverses réponses, qui constituent autant d'interprétations de l'exigence d'impartialité, certaines suggèrent, par exemple, que la prétention d'universalité ne peut être satisfaite que :

- dans l'hypothèse où les normes en jeu reflètent le point de vue d'un arbitre impartial qui accorde une égale considération aux préférences de tous les individus et qui cherche à établir entre elles des compromis lorsqu'elles sont inconciliables⁽⁴⁴⁾;
- dans l'hypothèse où les normes en jeu correspondent à l'imperatif catégorique en vertu duquel ces normes doivent être avantagieuses pour chaque particulier⁽⁴⁵⁾;
- dans l'hypothèse où ces normes ont un contenu tel qu'il puisse faire l'objet d'un consensus entre les intéressés, au terme d'une discussion rationnelle⁽⁴⁶⁾ ou, au moins, qu'il ne puisse être raisonnablement rejeté par quiconque dans la recherche d'une entente libre et éclairée⁽⁴⁷⁾.

Il ne saurait être question d'analyser ici la portée ou les présupposés de ces différentes conceptions, ni d'évaluer leurs mérites respectifs. Leur élaboration illustre les débats rationnels que peut susciter dans une société démocratique la recherche de principes adéquats de légitimation. Tout en visant à justifier l'autorité que les normes juridiques revendiquent à l'égard de leurs destinataires, ces

(44) V. dans cette perspective R.M. HARE, *Moral Thinking. Its Limits, Method, and Point*, Oxford, 1981.

(45) V. dans ce sens O. KOPPEL, *La justice politique*, Trad. de J.-Chr. Morle, Paris, 1991, pp. 68-64.

(46) V. sur ce principe de discussion J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Trad. de R. Ruchlitz et Chr. Bouchindhomme, Paris, 1997, pp. 123-125.

(47) V. dans ce sens T. M. SCANLON, « Contractualism and Utilitarianism », in *Utilitarianism and Beyond* (A. Sen & B. Williams eds.), Cambridge, 1982, pp. 110-115, et sur la mise en œuvre de ce principe : Th. NAGEL, *Égalité et partialité*, Trad. de Ch. Beauvillain, Paris, 1994, pp. 38 et s.; B. BARRY, *Justice as Impartiality*, Oxford, 1995, pp. 67-72.

principes permettent de donner un contenu concret à la référence à l'universel qui caractérise la prétention de légitimité du droit⁽⁴⁸⁾.

LE DROIT, L'ANTHROPOLOGUE ET LE MICROSCOPE

Vers une nouvelle anthropologie juridique

PAR

ROBERT JACOB

	PAGES
I. <i>Figures du droit dans la culture occidentale.</i>	45
La gestation historique du droit- <i>ius</i>	46
Le rapport mouvant du droit à la justice	50
Le droit comme émanation du pouvoir	53
Le droit comme science ou le pouvoir réifiant du discours	56
II. <i>Redefinir le droit?</i>	69
Le droit sans la justice	70
Le droit dans le fait	74
Une révision du statut anthropologique de la norme	77
III. <i>Le microscope à l'épreuve</i>	80
Grilles de lecture pour un roman noir	81
La main-forte ou la violence au service du juréme	84
De la main-forte à l'acolyte et à la femme	86
Aux limites du système ? Les « convictions normatives » et l'« homodoxie »	91
De la convergence des dissensions à l'équivoque des convictions	95
Juréme et violences non jurémiques : pour une anthropologie de la contrainte	98
Le monopole de la violence ou les embarras de la domination	104
<i>Conclusion</i>	108

Les contributions réunies autour du livre de Lucien François illustrent la diversité des lectures auxquelles il se prête. Celle qu'on va exposer reflète le point de vue d'un historien du droit, que son itinéraire a mené très tôt vers le comparatisme et qui a longuement fréquenté l'anthropologie. Histoire du droit, droit comparé et

(48) Cf. J. LADRÈSSE, « Les droits de l'homme et l'historicité », in *Vie sociale et destinée*, Gembloux, 1973, pp. 119-120.

anthropologie juridique font du droit leur objet, mais elles ne l'appréhendent ni dans le présent de la norme positive ni dans l'abstrait de la pure théorie. Leur perspective propre est de le saisir à travers des formes mouvantes, qui se sont incarnées dans l'historicité du temps long et dans un espace étendu en puissance à toute la planète des hommes. Des trois, l'anthropologie est la plus générale. Elle englobe les deux autres. Elle a vocation à l'universel. Son propos consiste, pour reprendre l'intitulé de la section qui rassemble les anthropologues du C.N.R.S., à cerner l'unité de l'homme à travers la diversité des cultures. Aussi bien, une science du droit qui se voudrait universelle, à l'image des autres sciences exactes et humaines, devrait s'assigner un objet, le droit, partout reconnaissable et dont l'identité correspondrait à l'unité de l'homme, tandis que ses multiples configurations particulières répondraient à la diversité des cultures.

Cependant, un tel projet vient buter depuis toujours sur le même obstacle épistémologique, inlassablement dénoncé, jamais levé. C'est que l'idée de droit elle-même est le produit culturel d'une civilisation donnée à un moment donné. Sans doute le mot droit peut-il se traduire sans peine, et même presque sans y penser, dans toutes les langues modernes européennes. Mais que l'on quitte cette aire culturelle et les repères se brouillent aussitôt. Existe-t-il un droit musulman ou un droit chinois? Les manuels de droit comparé le soutiennent et ils fondent sur ce postulat leur démarche. Sans doute leur faut-il immédiatement concéder que l'arabe *fiqh*, le chinois *fa* ou le chinois *li*, ou encore *iusciv*, eux-mêmes de sens très différents, sont fort loin de notre idée de droit; qu'ils n'en représentent que des équivalents partiels et insuffisants; qu'aucune traduction scrupuleuse ne pourrait aller sans de longs commentaires. Mais une fois prodigués ces avertissements, la question est laissée irrésolue et comme mise de côté une fois pour toutes. Sur une large part d'approximation et d'équivoque, reconnue et assumée, le comparatisme entend une exploration des champs normatifs qui, sans se justifier davantage, adopte pour référent nos propres représentations de la juridicité. Et ce qui vaut pour le droit comparé vaut aussi pour l'histoire juridique, dans quelque domaine qu'elle se développe. Les cités de la Grèce ancienne avaient un droit : le point a à peine besoin d'être affirmé, tant il passe pour une évidence. Et pourtant, balancé entre *nomos*, *dike* et *dikasion*, aucun sujet grec de l'empire

romain n'était capable de produire une traduction satisfaisante du latin *ius*. L'Égypte des Pharaons avait-elle un droit? Il existe en tout cas des traités d'histoire du droit, une société pour l'histoire du droit de l'Égypte ancienne, quoique les égyptologues n'aient jamais pu produire un mot égyptien qui rende, fût-ce imparfaitement, fût-ce de loin, l'idée de droit ni même, dans ce cas, l'idée de loi. La question irrésolue semble ne devenir décidément embarrassante que lorsque le regard se porte vers les sociétés sans écriture, celles que l'on appelait autrefois « primitives » et qui ont constitué le laboratoire de l'anthropologie. Les Aborigènes d'Australie, les Indiens d'Amérique ont-ils eu un droit? Quelques-uns l'ont soutenu, non sans laisser entendre qu'ils avaient pleine conscience de ce que ce parti peut comporter de hasardeux⁽¹⁾. Mais beaucoup s'y refusent. Là où Montesquieu, le premier des comparatistes, avait universalisé le concept de loi, ils choisissent de recourir à des notions comme « modèle », « structure », « règle », parfois aussi « coutume » ou encore, de plus en plus souvent aujourd'hui, « norme ». Cependant, ces concepts, les derniers cités surtout, évoquent de si près le monde du droit que les interrogations différées reparaissent. Mal satisfaits des approximations ordinaires, anthropologues et sociologues sont à présent de plus en plus nombreux à se tourner vers les juristes en quête d'éclaircissements. Mais ceux-ci se dérobent. La notion de

(1) C'est entre autres la position de Karl L. Llewellyn et E. Adamson Hornum, *La voie cheyenne. Confit et jurisprudence dans la science primitive du droit* (*The Cheyenne Way, 1941*), trad. fr. par L. Assier-Andrieu, Paris, L.G.D.J., 1999, fondée sur le propos supposé (rapidement énoncé pp. 3-4) d'un rapport de similitude entre la valeur de la casuistique et du précédent dans la culture cheyenne et la *common law* d'Amérique. « Le compromis épistémologique que passent Llewellyn et Hoebel, note Louis Assier-Andrieu dans sa présentation de l'édition française, est un compromis entre sciences du droit et anthropologie » (*ibid.*, p. XV). Mais on sait qu'en matière scientifique, aucune solution de compromis n'est jamais satisfaisante. Celle-ci ne fonctionne qu'en faisant constamment appel à des comparaisons qui tournent souvent à la métaphore (« L'atome juridique est obtenu, comme on obtient tout résultat en anthropologie, par comparaison ou, mieux, par effet de distance », les concepts juridiques « sont de progressives connotations issues du terrain moule de la dynamique sociale », etc. *ibid.*, pp. IX-X). Elle conduit les anthropologues à des débats récurrents, qui les font osciller entre les dangers du juridisme et la perspective de la sortie du droit, débats fort bien illustrés par les exposés récents de L. Assier-Andrieu *ibid.* et *La loi dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, *passim*. Pour un état détaillé de la diversité des positions théoriques : N. Roulard, *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F., 1988, pp. 47-159. On comprendra que nos propres remarques ne visent en rien à répudier l'apport considérable des diverses écoles d'anthropologie juridique, en particulier de l'école américaine, sans doute la plus riche, mais seulement à relever la fragilité des bases théoriques sur lesquelles il s'est construit.

coutume mise à part⁽²⁾, leur savoir de référence n'a pas de réponse à proposer, en dehors des « prédroits », des « quasi-droits » ou des équivalents incertains de notre image du juridique. Les facultés de droit sont peuplées d'esprits qui dévient toute utilité à l'entreprise de définition du droit mais qui, sollicités de se déterminer sur la pré-sence du droit dans chaque culture, inventent aussitôt des « seuils de juridicité » que ponctueraient tantôt l'usage de l'écriture, tantôt l'existence d'une institution judiciaire organisée, tantôt une rationalité minimale, ou beaucoup d'autres encore : la liste des critères avancés sans rigueur est pratiquement illimitée.

En fait, il a manqué aux sciences juridiques du XX^e siècle l'équivalent de ce qu'a été la révolution saussurienne dans les sciences du langage. A chaque philologie, dont l'objet spécial est une langue ou un groupe de langues, est venue se superposer la linguistique, science générique de la communication par le verbe. Les savoirs philologiques correspondent à la variété des aires culturelles, tandis que la linguistique tend à recomposer l'unité de l'homme. Mais, on le sait, la genèse de la linguistique générale n'a été rendue possible que par la création d'un corps de concepts propres, assez précis et assez plastique pour s'adapter à l'analyse de tout langage et, pour cette raison, radicalement arraché à l'horizon où chaque grammaire particulière enfermait le philologue. Faute d'avoir accompli pareil effort, les sciences historiques et comparatives du droit en sont encore à procéder par tâtonnements, un peu comme si l'on persistait à ne comprendre les langues amérindiennes ou bantoues qu'à travers ce qui les rapprocherait confusément de l'indo-européen.

La pensée de Lucien François, telle qu'elle s'est exprimée en dernier lieu dans le Cap des Tempêtes, amorce-t-elle une semblable révolution saussurienne ? Je l'espère. Cette espérance est chez moi ancienne. Elle remonte à quelque trente années, à l'époque où je suivais à Liège ses cours de théorie du droit et les enseignements qu'il en dégagait, en particulier sur le terrain du droit du travail. Et puisque notre recueil est aussi l'hommage rendu à un maître, je puis en faire l'aveu : cette espérance n'est pas étrangère à ma propre vocation d'historien, qui eût été moins résolue si je n'avais eu d'em-

(2) Je n'aborderai pas ici la question du statut, lui aussi équivoque, de la coutume comme instrument d'universalisation du droit, sur laquelle je renvoie provisoirement à R. JACOB, « La coutume, les mœurs et le rite. Regards croisés sur les catégories occidentales de la norme non écrite », *La coutume et la norme en Chine et au Japon*, de *Extrême-Orient, Extrême-Occident. Cahiers de recherches comparatives*, n° 23 (2001), pp. 145-166.

blée la conviction que l'on pourrait un jour écrire l'histoire juridique autrement.

On comprendra que les réflexions que m'inspirent le Cap des Tempêtes ne procèdent pas de la seule découverte d'une première lecture. Je les développerai en trois points. Dans un premier temps, je reviendrai sur le concept même de droit, non pour reprendre la problématique théorique de sa définition, mais pour tenter de le resituer au contexte d'une histoire culturelle déterminée. Cette démarche recoupe et prolonge, en prenant les problèmes autrement, l'entreprise de démythification que Lucien François a mise en chantier à partir de la théorie. J'examinerai ensuite la rupture que déclenche le Cap des Tempêtes, en montrant en quoi elle est de nature à trancher le débat anthropologique qui vient d'être évoqué. Je m'interrogerai enfin sur les champs problématiques inexplorés qu'ouvrent les perspectives nouvelles. La « microscopie du droit » que propose Lucien François est une technique d'analyse des rapports sociaux en tant que ces rapports font norme. De l'instrument ainsi conçu, ce microscope social, on peut espérer qu'il puisse servir à d'autres qu'à son inventeur. Mais il ne constitue en rien un prêt-à-penser à la disposition du sociologue ou de l'historien. Pour fonctionner en dehors de la théorie du droit, dans d'autres domaines de la recherche, il doit faire l'objet de réglages. Il faut en préciser les conditions d'emploi, en tester aussi la fiabilité et les limites. Ce n'est pas le moindre intérêt de cette mise à l'épreuve que de montrer que la microscopie des normes conduit à repenser sous un jour nouveau quelques-unes des grandes questions classiques des sciences sociales.

I. — FIGURES DU DROIT DANS LA CULTURE OCCIDENTALE

Qu'est-ce que le droit ? On ne saurait envisager de reprendre, après tant d'autres, la question de la définition, comme définition de chose ou définition de mot, encore moins l'exercice préalable qui consiste à définir ce que l'on entend par définition⁽³⁾. Je souhaiterais formuler le même problème à partir d'autres bases, par une démarche infiniment moins ambitieuse, à dire vrai élémentaire. Si

(3) Avant de faire l'objet de la partie introductive du *Cap des Tempêtes*, pp. 5-37, cette problématique sous-tendait dans son ensemble le premier exposé de la théorie du droit de L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Liège, 1978.

élémentaire même qu'on peut s'étonner qu'elle n'ait pratiquement pas encore été tentée. Il s'agit simplement de cerner l'histoire du mot « droit ». Aussi curieux que cela puisse paraître, la sémiologie historique, qui vise à comptabiliser les occurrences, à restituer les réseaux lexicaux et les champs sémantiques, est encore fort neuve, peu pratiquée et cependant riche de promesses. Efforçons-nous de poser en ce sens, à propos du mot droit, quelques jalons (*).

La gestation historique du droit-ius

En fait, notre notion de droit résulte de la conjonction de deux termes, le français droit et le latin *ius*, dont on n'a pas assez pris conscience qu'ils étaient à l'origine étrangers l'un à l'autre, que leurs trajectoires historiques ont été bien différentes et que leur rencontre n'avait rien d'une fatalité.

Dans sa carrière romaine, *ius* n'avait pas toutes les valeurs qu'a prises depuis notre mot droit. Le spectre de ses acceptions propres était moins étendu. En bref, le *ius* du latin classique renvoyait de manière paradigmatique à un champ normatif étroit, que constituait la régulation d'un segment relativement bien circonscrit des rapports sociaux, à l'exclusion tant de ceux qui relevaient de la norme religieuse, le *fas*, que de ceux qui restaient abandonnés à ce que l'on appelait les mœurs (*mores*). Il ne concernait qu'un groupe déterminé de sujets, à l'exclusion des esclaves, des non-citoyens, de tous ceux qui n'avaient pas la qualité de personne. Or, à la fin de l'Antiquité, ce mot n'était pratiquement plus compris. Il disparut de la langue parlée. Fait remarquable, il ne laisse de dérivé populaire dans aucune langue européenne. Certes, il survécut dans la langue savante, mais c'était une langue de clercs, dans laquelle le champ sémantique du terme était déjà bien différent de celui qu'il occupait sous la plume des juriconsultes de la période classique (**).

(*) Sur la sémiologie historique, ses méthodes et ses avancées : A. GUERREAU, *L'événier d'un passé incertain. Quelle histoire du Moyen Âge au XXI^e siècle?*, Paris, Seuil, 2001, pp. 191-237; A. GUERREAU-JALABERT, « Parole/parabole. La parole dans les langues romanes : analyse d'un champ lexical et sémantique », *La parole du prédicateur (V^e-XV^e siècle)*, R.M. Dessi et M. Labrousse éd., Nice, 1997, pp. 311-333; R. JACOB, « Juristicisme et le jugement. L'acte de juger dans l'histoire du lexique », *L'office du juge : parti de souveraineté ou puissance nulle?*, O. CAYLA et M. F. RENOUX-ZAGAMÉ éd., Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, pp. 35-71. Bien entendu, je ne puis déployer ici l'appareil d'érudition qu'exigerait un traitement systématique du thème. Je me borne à poser l'une ou l'autre balise.

(**) Sur cette question qui n'est ici qu'effleurée, voir ci-dessous, n. 83.

En contrepoint, une série de dérivés se formèrent sur le latin populaire *dirēctum* ou *rectum* (droit, *diritto*, *derecho*, *recht*, *right*), non certes comme de nouvelles manières de désigner le même objet mais pour parler d'autre chose. Le mot nouveau étendait son territoire à toutes sortes de normes : celles que nous nommons juridiques, mais aussi les normes morales ou même ces normes techniques qui définissent la manière correcte, « adroite », de conduire un char ou un bateau ou de donner un coup d'épée. De même que le mot « parole », apparu à la même époque, faisait disparaître les distinctions que le latin classique avait posées entre les différents registres de l'acte de parler, pour les réunir tous en un même champ insécable (*), le mot droit avait vocation à unifier l'ensemble des champs normatifs. La métaphore originelle, qui fonctionne par l'opposition structurale du rectiligne au tortu, au tort et au retors, a contribué à cette unification, autant que la figure de la justice divine, désormais omniprésente. Il se trouve que la première phrase écrite en langue française que l'on ait conservée comporte le mot droit. Ce sont les célèbres serments de Strasbourg du 11 février 842. Louis jure assistance à Charles « comme un homme, par droit, doit assurer son frère », *si cum omni per dreit son fradra salvoar dist*, tandis que Charles prête en langue germanique le même engagement... *seso man mit rehtu sinan bruoeder scal* (**). Sur le lien fraternel que les serments prétendent ainsi raviver, il serait vain de reporter les distinctions que nous serions tentés d'opérer entre le moral et le juridique. Le *dreit* et le *reht* sont ici clairement l'un et l'autre. Mais l'occurrence du mot, dans cet unique exemple d'attestation en langue populaire, détonne avec le langage de la diplomatique et de la diplomatique contemporaine, qui ne recourait pratiquement pas au mot *ius* alors qu'il se réclamait partout de la *iusstitia*, qu'il était imprégné de justice divine. L'idée de droit n'évoquait en rien la technique experte du *ius* des juriconsultes. Elle ne renvoyait encore qu'à un idéal indistinct de justice.

Dependant, l'autonomie relative des deux termes ne se maintint pas. Dans leur destinée historique, l'épisode majeur fut le processus d'hybridation, de droit par *ius* et de *ius* par droit, dont procédaient toutes les représentations actuelles du juridique.

(*) A. GUERREAU-JALABERT, « Parole/parabole... », *op. cit.* (n. 4).

(**) A. BORETTUS et V. KRAUSS, *Capitulare regum Francorum*, II, Hanovre, 1897, pp. 171-172.

Dans l'histoire de la langue française, le phénomène est daté. J'avance qu'il n'était pas encore amorcé vers 1250 alors qu'il était pratiquement achevé à la fin du Moyen Âge, sans doute dans le langage des élites vers 1375 au plus tard. De toutes les langues de l'Europe continentale, le français fut sans doute la première et elle est aussi la mieux éclairée par la documentation. Mais toutes les autres connurent des transformations analogues, sous la seule réserve de l'anglais, qui fait écart et dont la singularité, tout en s'étant partiellement resorbée au fil des temps, subsiste assez pour entretenir sur la notion même de droit divers degrés de malentendu^(*). Suivons ici le fil conducteur que nous donne l'évolution du français.

La transformation du lexique y fut l'œuvre des élites promues, à partir du règne de Saint Louis, par la formation d'une machine judiciaire d'Etat. Le royaume se couvrit alors d'un réseau de juridictions. Chaque ville vit apparaître des corporations de juges, de greffiers, d'avocats, de procureurs, de sergents, de tabellions, en grand nombre et à certain moments jusqu'à la pléthore. Ces hommes-là écrivaient beaucoup. En volume, l'essentiel de la documentation laissée par les deux derniers siècles du Moyen Âge leur est due. Ils étaient tous plus ou moins bilingues, parce que la procédure les faisait passer sans cesse de la langue populaire à un latin sommaire. C'est pourquoi leur influence se marqua, entre autres, par l'introduction dans la langue écrite d'une foule de lettres muettes, qu'ignoraient les graphies anciennes, presque purement phonétiques, lettres qui n'avaient d'autre fonction que de rappeler l'étymologie des mots. L'orthographe de notre langue courante leur est largement redevable de ses complications. Il est à peine besoin d'ajouter qu'il en va de même de notre langue juridique, avec ses pesanteurs, sa profusion d'adjectifs en *-oire*, ses cascades de subordonnées ouvertes par des attendus, la conjonction d'une syntaxe française et d'une conceptualisation tribunaire de la terminologie latine. Se constitua alors un lexique nouveau de la norme, qui réus-

(*) L'attraction de *droitisme* ne s'exerce en anglais que sur la désignation du droit subjectif (*right*), tandis que celle du droit objectif (*law*) reste le domaine d'un terme hérité du vieil-anglais. L'adjectif *legal*, issu du latin mais rattaché tardivement à *law*, doit se rendre selon les contextes par « legal », « juridique » ou même « judiciaire ». La configuration particulière du lexique anglais de la norme tient à l'histoire originale de la *common law*, qui a longtemps mis le langage juridique à l'abri de l'influence du droit savant dont il va être question. Cependant, cette influence, pour être plus tardive, n'est pas absente. En particulier, une opposition du droit et du fait, *law/fact*, s'est également développée en anglais à la suite de la langue savante et des parlars d'Europe continentale.

sit aussi à s'approprier le mot droit. Les juristes parvinrent à l'ex traire du langage courant pour l'affecter en priorité aux nécessités de la traduction de *ius*. Un *ius* qui n'était plus depuis longtemps celui du latin classique, mais dont le paradigme était désormais donné par les grands corpus textuels de la tradition savante romano-canonique.

Cette mutation linguistique eut pour effet de désarticuler le champ sémantique ancien du terme droit et de ses dérivés. Le mot droit est un adjectif substantivé. Mais l'adjectif de ce substantif est à présent « juridique », le spécialiste de la chose s'appelle le juriste. En français moderne, tous les dérivés de droit sont formés sur le génitif de *ius*. Inversement, les autres termes du champ lexical premier ont été relégués à distance. Certes, l'adjectif « droit » subsiste, mais il est désormais découplé du substantif auquel il a donné naissance. Il garde le souvenir de la métaphore originelle (avec la ligne droite) et il reste essentiellement porteur de charge morale (avec l'homme droit et même « droit comme un i »). Peut-être pourrait-il encore recomposer l'unité du champ sémantique, s'il entretenait avec le substantif droit un rapport plus étroit que le lien trouble et distendu que maintient le langage courant. En revanche, le locuteur du français moderne ne ressent plus du tout comme appartenant à la même famille le verbe dresser, qui est pourtant le verbe proprement formé sur « droit » (bas latin *directiare*). Et pas davantage les termes adroit, adresse, maladroit, qui renvoient à la correction technique. Aussi bien le dresseur et le maladroit restent-ils définis par le langage dans leur rapport à la norme, puisque le premier s'efforce de l'imposer tandis que le second la transgresse. Mais ces normes-là, celle qui se rapporte d'abord à l'animal ou celle qui dirige l'art d'agir sur le monde extérieur, ne sont plus perçues comme appartenant au même monde que celles du droit.

Je choisis d'appeler droit-*ius* le complexe linguistique et conceptuel né de l'acculturation au droit savant de la société tardomédiévale. En fait, il n'était plus ni droit ni *ius*. Il n'est plus contenu dans les limites où un Papinien aurait enfermé le *ius*, pas plus qu'il ne comprend tout ce à quoi un Chrétien de Troyes pouvait songer lorsqu'il employait le mot droit. C'est un produit typique des temps scolastiques, forgé par l'université médiévale dans ses relations avec une machine judiciaire empressée de mettre en pratique ses leçons de science juridique. Le droit-*ius* correspond à peu près à ce que

Lucien François place sous les notions de droit-I (droit objectif) et de droit-III (science du droit) (9). Mais comme produit culturel objet d'histoire (et non plus comme objet de théorie circonscrit par la théorie elle-même), il échappe à toute tentative de définition. Du moins peut-on tenter d'en cerner les contours et d'indiquer quelques-uns de ses traits dominants. Le droit-*ius* a rapport à la justice et au pouvoir. Mais, surtout, c'est une science.

Le rapport mouvant du droit à la justice

En fait, le langage des docteurs de l'âge scolastique marquait entre droit et justice une césure nette. La formule de la Glose, que tout étudiant avait alors en mémoire, est simple et tranchante : *ius iustitia summum bonum, ius medium, iurisprudencia infimum* (10). La justice étant le bien suprême, le droit et la science du droit ne peuvent être que des biens moyens. La justice relève des fins, le droit n'est qu'instrument. La justice est rapport à Dieu, son domaine est celui des théologiens. Les juristes n'ont pas à s'occuper de théologie (11). Ils renoncent aussi de ce fait à traiter de la justice ou avouent, lorsqu'ils s'y attachent, qu'ils ne le font pas en juristes. Certes, le juge, à qui il revient d'accomplir la justice, retrouverait aussitôt ce souci, et nécessairement pour lui donner la première place (12). Mais le professeur de droit conserve respectueusement ses distances, il se cantonne au *ius* et de la sorte assure à la science du droit son autonomie. Il est remarquable que, quelque vives qu'aient été les controverses et profondes les divergences d'opinions, aucun juriste des temps scolastiques n'ait jamais été inquieté pour les thèses qu'il professait dans son domaine. Paradoxe : en des siècles où tout débat théorique sur la norme était de nature à éveiller le soupçon, le droit-*ius* fut une science de la norme qui ne produisit jamais d'hérésie. Commentaire inlassablement repris des mêmes corpus textuels, elle se développait à l'écart des querelles sur les points sensibles. Ce fut là, sans doute, l'origine d'une sorte de substrat

(9) *Le cap des Temps*, p. 12.

(10) *Sub D. 1.10.2 et Inst. 1.1.*

(11) Commentant la formule d'Ulpien *iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia*, la Glose s'interroge : « est-ce à dire que quiconque veut être jurisprudent ou juriconsulte doit pratiquer la théologie (theologiam legere) ? La réponse est non, car tout se trouve dans le corpus iuris. » (*Sub D. 1.10.2*)

(12) Cf. R. JACOB, « Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture médiévale », *Juger Les Juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la Magistrature*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 7-23.

positiviste élémentaire qui n'a jamais quitté les facultés de droit et qui s'observe encore. Il tient dans le rapport quotidien avec le texte normatif, sa structure et sa technique. Chaque étudiant ressent avec plus ou moins d'acuité qu'entre les textes qu'il étudie et l'idée de justice, il existe à tout le moins une certaine distance, que les deux choses sont en rapport mais ne se situent pas dans le même registre.

Dependant, sans jamais disparaître tout à fait, cette distance s'est au fil des temps estompée, pour de multiples raisons. L'une d'elles tient à l'émergence, en dehors de la science du droit proprement dite, d'une pensée philosophique de la règle. Là où les textes romains ne faisaient au *ius naturale* qu'une place bien mince, quasiment symbolique, parmi toutes les figures du *ius*, les spéculations théologiques sur les diverses formes de la loi divine allaient jeter les bases d'un nouvel ordonnancement de l'univers des normes. C'est sous la plume de théologiens, non de juristes, qu'apparut vers 1130 l'adjectif « positif », créé pour désigner, par opposition à ce qui résultait de la nature des choses, l'impératif formellement posé par quelqu'un, ce que l'on fut-il Dieu lui-même (13). De ce point de vue, l'interdiction du fruit défendu au Paradis terrestre fournissait une sorte d'archétype de la loi positive. L'opposition du naturel et du positif, à mesure qu'elle se répandait, dans un spectre d'ailleurs assez large (*iustitia naturalis/positiva, lex naturalis/positiva, ius naturale/positivum*), brouillait l'écart initial entre droit et justice. Elle suggérait, de l'un à l'autre, de nouveaux modes d'articulation. Cependant, cette mutation tarda à se faire sentir. C'est que, du XIII^e à la fin du XV^e siècle au moins, théologie et science du droit semblent avoir suivi des chemins séparés. La réflexion des théologiens sur la loi ne s'est guère nourrie des développements contemporains de la doctrine juridique, dont la technicité leur échappait largement. Parallèlement, les juristes ne manifestaient aucune curiosité particulière à l'égard des spéculations théologiques sur la norme. Certes, il existait entre les deux corps de savoir des lieux de rencontre obligés. Les juristes ne répudièrent jamais l'héritage intellectuel des canonistes du XII^e et du premier XIII^e siècle, qui étaient, eux, de grands théologiens. En outre, certaines questions comme celles du droit naturel, de la justice, de la preuve et de la vérité, ramenaient inévitablement vers la science du divin et cela,

(13) A. BOUHAÏU, « Droit naturel et abstraction judiciaire. Hypothèses sur la nature du droit médiéval », *Annales Histoire - Sciences Sociales*, 2002-6, pp. 1463-1488.

dans chacun de ces domaines, pour lui subordonner celle du droit. Mais l'impression générale reste que le parti d'ignorer la spéculation théologique, proclamé par la Glose, a été suivi d'effet. Il a engendré pas mal de réserve, de prudence et même de sérieux malentendus⁽¹⁴⁾. Il semble que les choses n'aient vraiment changé qu'à partir de la Renaissance et surtout aux Temps modernes⁽¹⁵⁾. Les théories philosophiques, dont l'horizon s'était considérablement élargi par rapport à la théologie médiévale, pénétrèrent alors et imprègnèrent profondément le champ du juridique. La justice se vit rapprochée du droit naturel et même fréquemment confondue avec lui. Elle se trouvait de la sorte comme légiférée, juridifiée, susceptible de tenir en un corps de normes objectives, ce qui n'avait assurément pas été la conception médiévale. Dès lors, pourvu que le droit positif incorporât tant soit peu de droit naturel, la césure entre droit et justice se voyait abolie. Les théories jusnaturalistes du droit sont nées sur ce terrain et elles ont polarisé, autour d'elles ou contre elles, toute la philosophie moderne du droit⁽¹⁶⁾.

(14) Le chapitre des accusations d'ignorance adressées aux juristes par les philosophes du Moyen Âge semble particulièrement curieux, comme le montrent entre autres H.G. WALTKE, « *Verbs Aristotelis non usar. quia iuristas et non sapienter* ». Logischgeschichtliche Untersuchungen über die Aristotelische Hermeneutik bei Bartolus und Baldus », *Das Publikums politische Theorie im 14. Jahrhundert*, L. Miesche et A. Bühler ed., Munich, 1992, pp. 111-126, et J. KRZYWEN, « Les légistes idéologues politiques : Sur l'hostilité des théologiens à l'égard des juristes en France au temps de Charles V », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, Rome, 1991, pp. 171-178 (la formule de Bartole à l'endroit d'une théologie dont il était cependant curieux : E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi. Essai sur la théologie politique du Moyen Âge*, trad. fr., Paris, 1989, n. 64, p. 493; D. QUACTONI, « *Ragionativa prudenzia. Diritto e teologia nel trattatus testimoniarum Bartolomeo* », *Théologie et droit dans la science politique*, op. cit., pp. 155-170; Id., *A una difesa inconnuta. La concezione primordiana de la justicia*, Paris, 2003, pp. 84 et s. ; Les juristes, note Kantorowicz, utilisaient [les concepts philosophiques] plutôt à tort et à travers pour définir leurs abstractions juridiques » (Les deux corps du roi..., op. cit., p. 219).

(15) Les théologiens du XVI^e siècle sont tous à demi-juristes tandis que en retour, beaucoup de juristes de cette époque sont à demi-théologiens », écrit M.F. RENOUX-ZAGARE, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, Droz, 1987, p. 23. Mais, précisément, son étude ne révèle aucun réseau d'échange des idées avant cette date. L'essai de M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, Paris, P.U.F., 1990, qui fait une large place à la pensée médiévale, se développe exclusivement sur le terrain de la théologie, sans d'ailleurs citer aucune loi en particulier, et serait sans doute intitulé plus exactement « naissance de la philosophie moderne de la loi ». Les études en chantier, assez nombreuses, sur l'histoire du statut théologique de la norme dans les derniers siècles du Moyen Âge, ne semblent pas confirmer pour l'instant la thèse que soutenait Michel Villé, pour qui « il est impossible de comprendre le droit public de ce temps-là (i.e. le Moyen Âge), mais aussi les institutions de droit privé, sans recourir aux théologiens » (*Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 37).

(16) La distance médiévale du droit et de la justice laisse cependant des traces, par exemple dans la pensée de Pascal où l'exigence absolue de justice va de pair avec des accents très positivistiques, relativistes et même courtoisiques dans l'appréhension du droit, des lois et de la coutume. Jean-Baptiste Domat, théologien et juriste, ami d'enfance et compagnon de route de Pascal, peut en paraître encore tributaire dans les *Héranages* composées vers 1660, mais les *Lois civiles* de 1689 développent un système clairement jusnaturaliste (cf. M.F. RENOUX-ZAGARE, « Domat, le

Parallèlement, le recul puis l'abandon progressif de la langue latine contribuèrent à effacer les anciens repères. La pesanteur du champ sémantique ancien du terme droit fit à nouveau sentir ses effets, non seulement dans le langage courant où sa prégnance n'avait jamais cessé, mais aussi dans l'esprit des juristes, où elle n'était plus contrebalancée par une langue technique distincte. L'opposition structurante du droit et du tort renoua à chaque phrase les liens du droit et de la justice. Le phénomène a d'ailleurs une intensité variable dans les différentes langues européennes. L'allemand a sans doute créé *Gerechtigtheit* à côté de *Recht* pour désigner la justice, mais les deux termes n'ont qu'un seul antonyme, *Unrecht*, qui se traduit aujourd'hui par injustice. Il s'ensuit qu'une idée comme celle de « non-droit », distincte de l'injustice, expression devenue si fréquente en français où elle prend d'ailleurs des acceptations assez différentes, n'est pas pensable en allemand, non plus que dans la plupart des langues européennes, faute de mots pour la rendre. Le grec moderne, suivant en cela la pente du grec ancien, n'a qu'un seul terme, *dikaion*, pour désigner à la fois le droit et la justice. Il ne peut nommer l'un sans nommer l'autre. A l'opposé, c'est l'anglais, en raison de la continuité de *law* depuis l'époque anglo-saxonne, qui montre la plus grande résistance à l'association d'idée automatique entre droit et justice. La pensée jusnaturaliste anglo-américaine d'aujourd'hui est en quelque sorte privée de cet avantage. Mais peut-être a-t-elle su trouver précisément un supplément de ressources dans des confrontations où la conviction de l'inertocuteur n'est jamais suggérée a priori par le langage du débat.

Le droit comme émanation du pouvoir

Si le rapport que le droit-*ius* nourrit avec la justice est inconstant, celui qu'il entretient avec le pouvoir semble à l'inverse fixé dans des traits immuables. Ces textes dont le maniement fait le pain quotidien du juriste, il a bien fallu qu'ils fussent écrits par quelqu'un. Une des critiques les plus corrosives et qui, en même temps, sonne le plus juste dans celles que le Cap des Tempêtes adresse aux modes ordinaires de penser le droit (exception faite ici des pays de *common law*) porte sur le mythe du Législateur : cet être fabuleux

Salut et le Droit », *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 1989, pp. 69-111), système perçue à travers la postérité intellectuelle de Domat jusqu'aux rédacteurs du Code civil (cf. A.-J. ANSAUD, *Les origines doctrinales du Code civil*, Paris, 1969).

investi d'un présupposé de rationalité, doué de pensée et de sentiments, dont la volonté présumée habite les textes et les anime de sa présence immanente; dont le juriste sonde sans cesse les intentions puisqu'ils sont la raison de l'interprétation de la norme; cet auteur et *imperator* suprême, « personification de la norme », « représentation anthropomorphique d'une supposition de cohérence entretenue en raison de son utilité dans l'action d'interpréter »⁽¹⁷⁾.

Source vivante de la loi, la figure omniprésente du Législateur est le déni le plus formel qu'adressent les sciences juridiques à la critique historique de leurs textes en même temps qu'elle abuse sur ce qui les institue dans leur force obligatoire. Ses racines historiques ramènent à nouveau à la gestation de ce que l'on a appelé ici le droit-*ius*. Les manuscrits glosés de l'âge scolastique sont déjà remplis du Législateur. Et pourtant, qu'il était loin alors, Justinien! Et problématiques les raisons que l'on pouvait éprouver d'obéir ou de feindre d'obéir à ses normes! N'empêche que l'*imperator* est présent partout, qu'on lui attribue jusqu'à l'écriture des fragments des juriconsultes, promus au rang de lois (*leges*); que la collaboration d'une foule d'augustes et de césars tous différents, nommés au texte, disparaît de la glose et du commentaire; que les textes sont déjà uniment interprétés « selon l'intention du législateur » (*secundum propositum legislatoris*). La pénurie de critique historique, plus excusable alors qu'elle ne l'est aujourd'hui, permettait de tenir pour composés d'une seule venue des textes dont la rédaction effective s'étendait au long des siècles. Mieux encore, la culture du livre manuscrit, qui doublait le texte de l'enluminure, faisait pousser l'anthropomorphisme jusqu'au portrait. La figure archétypale du Législateur domine l'iconographie des livres de droit. Même lorsque les manuscrits ne comportent qu'une seule image, c'est en général de celle-là qu'il s'agit. Liés à Dieu par une délégation symbolique, le pape législateur et l'empereur législateur sont partout représentés, parce qu'ils sont toujours présents. Sauf exception, on ne peut identifier dans cette iconographie foisonnante des tentatives de figurer un pape ou un empereur concret, Justinien par exemple ou Grégoire IX. C'est bien l'idée de papauté et d'empire qui se prête ainsi à la peinture à travers l'homme qui en porte les emblèmes.

(17) *Le cap des Tempéles*, pp. 304-305.

L'enlumineur figure des universaux⁽¹⁸⁾. Rien ne témoigne mieux que l'iconographie de l'immanence du législateur à la loi, dont il est difficile de ne pas voir qu'elle se construisait sur le modèle de l'immanence de l'Esprit saint dans la loi divine.

Accessoirement, les enlumineurs, dont la main était sans doute guidée par les juristes eux-mêmes, se plaisaient à jouer sur les signes et les emblèmes. Tantôt ils figurent l'empereur dans le costume du juge, parfois même du professeur de droit; tantôt c'est le juge qui endosse les habits impériaux ou pontificaux; quant au professeur, il porte en général l'habit du juge. Sans cesser d'être distincts, les trois niveaux d'élaboration de la norme, loi, jurisprudence et doctrine, se trouvaient de la sorte réunis dans un même corps de représentation fusionnel. L'image bien connue de Dworkin, pour qui le droit est un « roman écrit à plusieurs mains » figure déjà au cœur de la représentation médiévale du juridique. Elle illustre la nécessité, pour le juriste, de ne parler jamais qu'au nom d'un tiers investi de la légitimité, mais en même temps, c'est une façon de se mettre soi-même en scène, de suggérer, comme par anticipation, que les exigences de la loi ne sont rien sans ceux qui « les animent ou les ramènent en paraissant les reprendre à leur compte »⁽¹⁹⁾. Les rôles étaient déjà distribués d'une pièce à trois personnages qui se jouent de nos jours encore sur le même scénario, immuable⁽²⁰⁾.

Cependant, pas plus que de nos jours, les juristes ne pouvaient être indéfiniment dupes de ce système de représentation⁽²¹⁾. L'image du Législateur n'est pas l'empereur, mais les habits de l'empereur, et ces habits pouvaient être endossés par quiconque prétendait à la souveraineté. Les rois, les princes étaient tous empeurs en leur royaume. Il fallait d'ailleurs qu'il en fût ainsi si l'on voulait faire du droit-*ius* un système normatif exportable, transposable, à vocation universelle. Autant la nécessité d'un législateur abstrait, légitime, cohérent et rationnel était impérieuse pour le fonctionnement de la machine intellectuelle, autant la conscience était vive que les législateurs concrets sont infiniment changeants. Comme étaient changeantes aussi les lois dont était composé le droit-*ius*. Les corpus textuels primordiaux l'enseignaient déjà abon-

(18) R. JACOB, « Peindre le droit ou l'imaginaire du juriste », *Le Moyen Âge en lumière*, J. DALLARD dir., Paris, Fayard, 2002, pp. 207-233.

(19) *Le cap des Tempéles*, p. 286.

(20) *Ibid.*, p. 305.

(21) *Ibid.*, p. 305.

damment. Le *Corpus iuris civilis* réunissait encore, parfois confusément, des dispositions romaines abrogées et les constitutions qui les abrogeaient. Quant au droit canonique, son œuvre fondatrice, le Décret de Gratien, porte un intitulé qui est en soi tout un programme : *Concordantia discordantium canonum*, la mise en accord des canons discordants. Il faisait l'aveu que, si rationnel et éclairé qu'il fût, le législateur ne cesse de se contredire et il assignait à l'interprète la tâche de résorber ces contradictions. Lorsqu'ils quittaient le monde du droit savant pour se pencher sur les ordonnances royales et les coutumes, les juristes ne pouvaient qu'y ajouter le fruit de nouvelles expériences. Le droit est affecté de changements perpétuels. Les docteurs de l'âge scolastique interprétaient le changement, comme on le fait toujours dans les facultés de droit d'aujourd'hui, dans les termes d'une capacité illimitée de perfectibilité, la loi nouvelle étant toujours supposée meilleure que la loi ancienne⁽²²⁾. Reste que le constat de la versatilité des législateurs et des lois ne pouvait que les renforcer dans ce positivisme élémentaire déjà évoqué. Le droit-*ius* n'était décidément pas la justice. En fait, si l'on entendait en faire un instrument de régulation du lien social à vocation universelle, on ne pouvait le définir ni dans son rapport à la justice, ni par un lien privilégié avec un pouvoir déterminé, ni même par son contenu, indéfiniment mouvant. Il fallait qu'il fût avant tout défini dans ses formes.

*Le droit comme science
ou le pouvoir réifiant du discours*

Tel aura été bien en définitive l'apport le plus durable du moment scolastique à la construction de l'idée occidentale du droit. Le droit-*ius* est, comme on voudra un art, une technique ou une science de la norme. Si son contenu est fixé du dehors par le pouvoir, avec une large part d'arbitraire, ses méthodes et ses concepts sont élaborés à l'intérieur de l'université par le processus de sédimentation des gloses et des commentaires. L'effort cumulatif de générations d'enseignants, les controverses des docteurs et leur résolution dialectique se développaient dans une relative autonomie tant à l'égard des princes qu'à l'égard des théologiens. Mieux encore, le savoir se

⁽²²⁾ Voir en particulier le texte des *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, commenté dans R. JACOB, « Peindre le droit... », *op. cit.*, pp. 231-232.

construisait *in vacuo*, indépendamment de toute pratique et en particulier de toute pratique judiciaire. A l'inverse des *responsa* du jurisconsulte romain ou des précédents de *common law*, émis sur la sollicitation immédiate des acteurs d'un conflit, effectif ou potentiel, et donc construits dans la considération de leurs conséquences prévisibles, les opinions des docteurs de la scolastique médiévale n'étaient jamais destinées à l'épreuve de la scène judiciaire. S'il arrivait quelquefois qu'elles le fussent, c'était longtemps après leur élaboration et dans des contextes que leur auteur ne pouvait pas prévoir. La validation d'une proposition ne dépendait en rien d'une décision venue du dehors. Elle ne tenait qu'à son intégration au corpus, elle-même liée à sa reconnaissance par la communauté des docteurs dans une quête de cohérence intellectuelle. C'est pourquoi les temps scolastiques furent le moment d'une conceptualisation échelonnée. Rarement l'imaginaire des juristes s'est donné un aussi libre cours et jamais il n'a eu une telle faculté d'imprégner durablement les représentations du droit.

J'avance que la clef de cette reconstruction conceptuelle du juridique tenait à la distinction du droit et du fait. Jusque-là, le mot « droit » avait fonctionné dans la langue commune par son opposition première au fait. Les docteurs de l'âge scolastique lui construisirent un second antonyme, sur un tout autre axe, où il venait s'opposer au fait.

Une histoire systématique de la distinction du fait et du droit n'a jamais été tentée. Elle est encore presque tout entière à découvrir. Chez les Romains, la distinction est à peine esquissée et ne tient qu'une place marginale. L'opposition des actions dites *in ius* et *in factum* ne présente avec notre distinction du fait et du droit que des ressemblances en trompe-l'œil : son émergence ne tient qu'aux modalités particulières de fonctionnement de la procédure formulaire et elle est construite tout autrement. En revanche, la distinction de deux types d'erreurs, de droit et de fait, préfigure déjà la configuration actuelle de la distinction mais, à ce que l'on peut en juger, les jurisconsultes romains n'en ont fait qu'un emploi limité. Il revint aux glossateurs et aux postglossateurs de la reprendre à leur compte et de la rendre systématique. Dans leur langage, elle ne s'exprime d'ailleurs pas à travers l'opposition *ius/factum*, mais par deux neutres pluriels typiquement scolastiques : les *iura* et les *facta*. Il arrive souvent, on le sait, que le pluriel gagne insidieusement son

autonomie sémantique à l'égard du singulier. Ainsi « les amours » ne sont pas exactement un multiple de l'amour. Dans le langage scolastique, le recours aux neutres pluriels (les *spiritualia*, les *moralia*, les *realia*, etc.) tend à regrouper les éléments ainsi désignés pour les constituer en autant de classes propres, objets de savoir, dont le langage suggère une identité nettement marquée. Aussi bien les *facta* ne sont-ils pas seulement le pluriel de *factum*, pas plus que les *iura* ne sont le pluriel de *ius*. Les *facta*, ce sont déjà nos faits, c'est-à-dire un ensemble de réalités fort élargi par rapport au *factum* du latin classique⁽²³⁾. Quant aux *iura*, leur domaine s'étend non seulement à ce que nous appelons les normes juridiques, mais aussi à toute sorte de constructions intellectuelles produites par la science du droit⁽²⁴⁾. On hésiterait à déclarer que le contrat, par exemple, est en soi un *ius*, mais, comme figure instituée par le droit, il participe assurément des *iura*. Il est, dit-on de nos jours, un « acte juridique », par cela même distinct d'un « fait juridique » ou pur fait. De la sorte, l'opposition des *facta* et des *iura*, qui deviendra dans la langue commune celle du droit et du fait, se généralise. Elle tend à s'appliquer à toute situation, envisagée dans le concret ou dans l'abstrait, qui, dès lors, présente à la fois des éléments de fait et des éléments de droit.

Il s'ensuit qu'en puissance, toute chose ou tout événement a simultanément deux natures, deux réalités et deux existences, l'une de fait et l'autre de droit. Prenons l'exemple du mariage. Pour que le mariage se conclue, il faut que des faits se produisent, que des gens se réunissent dans un lieu déterminé, que des paroles soient échangées et des rites accomplis. Mais le mariage « n'existe juridiquement », dit-on, que lorsque les conditions posées par le droit à son existence sont remplies. En outre, le droit pourrait se raviser. Décider que cette existence juridique était viciée pour quelque raison et en prononcer la nullité. Il le peut et il le peut rétroactivement, car il n'est pas prisonnier du temps des faits. Son temps à lui

(23) *Factum*, participio substantivum du verbe *facere*, n'a longtemps désigné que l'acte positif accompli par quelqu'un (sens que conserve encore le mot « fait » dans les articles 1332-1333 du Code civil). En ce sens, l'inaction ou la circonstance que la neige fond en soi-même ne sont pas des faits. Aussi la traduction corrigée en français moderne du latin classique *factum est-illo* ne peut pas souvent « être » (soit l'action humaine considérée dans son aspect objectif), selon la définition du Robert). L'extension des *facta* au domaine de tout ce que nous appelons les faits a été l'œuvre du Moyen Âge.

(24) L'allemand moderne a d'ailleurs conservé le latinisme en ce sens : fündend le droit se dit indifféremment *Recht studieren* ou *Iura studieren*, surtout dans la langue parlée. Les *iura* sont toujours, outre le droit objectif, tout ce qui se rapporte à la science du droit.

est réversible. Le voici donc devant un mariage qui non seulement n'existe plus, mais qui même n'a jamais existé en droit. Il lui faut alors constater que, dans leur temps propre, les faits n'ont cessé de produire leur cours et que, par exemple, des enfants sont nés de ce non-mariage. Il lui faudra alors, dit-on, « adapter le droit au fait », dans ce cas par le biais du mariage putatif.

La séparation du droit et du fait est articulée entre autres par l'émergence, à la fin du Moyen Âge, des adages réciproques, qui veulent que le Législateur porte les *iura* « dans l'armoire de sa poitrine » (*in scrinio pectoris suo*), tandis qu'inversement, *princeps non potest habere facta in scrinio pectoris sui* : la volonté du Législateur est sans pouvoir à l'égard des faits. Les normes et les constructions du droit sont tout entières dans la poitrine de l'empereur. Elles sont disponibles, malléables. Le Législateur et, après lui, le droit comme science en font ce qu'ils entendent. Au contraire, les faits sont intangibles. Certes, le droit pourrait procéder par fiction, modifier le déroulement effectif des faits, décider par exemple qu'un enfant simplement conçu est tenu dans certains cas pour déjà en vie. Mais le procédé de la fiction comporte l'aveu que la réalité factuelle était précisément différente, il préserve l'intangibilité des faits, il est l'hommage que le droit lui rend⁽²⁵⁾. Dans l'ordre des faits, il n'y a pas de miracle ou, plus précisément, seul Dieu peut accomplir des miracles. Mais dans l'ordre du droit, le droit peut bien opérer tous les miracles qu'il veut. C'est Innocent IV lui-même qui le suggère dans une glose d'autant plus remarquable qu'elle vise à démarquer sur le terrain de la preuve l'acte juridique et le fait : si la preuve écrite est pensable dans le premier cas, c'est comme par un « miracle contre le droit naturel et contre la nature », par opposition à la preuve testimoniale seule susceptible de révéler la vérité des faits⁽²⁶⁾.

L'armoire de la poitrine impériale est une barrière symbolique que le droit s'interdisait de franchir mais à l'abri de laquelle il pouvait réaménager en toute quiétude son univers propre. Les vues de l'esprit foisonnaient. Outre l'immanence du Législateur, déjà rele-

(25) Y. THOUAS, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 21(1995), pp. 17-63, qui souligne (pp. 40 et s.), par contraste avec le monde romain, que la restriction de la fiction au domaine des faits est typiquement médiévale.

(26) Sur X. 2.22.14.1. Cf. Jean-Philippe Lévy, « Coup d'œil d'ensemble sur l'histoire de la preuve littéraire », in *Diachroniques. Essais sur les institutions juridiques dans la perspective de leur histoire*, Paris, 1995, p. 129.

vée, les temps scolastiques ont inventé la nullité des actes juridiques. Les Romains savaient fort bien corriger les effets du contrat vicié, au besoin par une restitution intégrale des prestations échangées, mais la théorie des nullités comme telle leur était restée étrangère. C'est à la doctrine médiévale qu'il revint de concevoir la destruction rétroactive du contrat comme être juridique. On pouvait également brouiller indéfiniment les frontières du concret et de l'abstrait. Là où les Romains bornaient la distinction des meubles et des immeubles au seul domaine des choses corporelles, la scolastique l'étendit aux incorporels et s'ingénia même à y faire pénétrer les actions en justice. On pourrait multiplier les exemples. Beaucoup de figures semblables restent encore à découvrir et l'histoire même de celles que l'on vient d'évoquer n'a encore été explorée que partiellement. Toutes créent à des degrés divers des effets d'apparence ou, pour reprendre les termes de Lucien François, des « qualités-reflets » ou des effets de « surapparence », qui ont pour conséquence de multiplier les malentendus sur les processus effectifs qu'elles servent à commander.

Le Cap des Tempêtes aborde ici la critique à travers les notions de « nature juridique » d'une chose, de nullité et de personne morale (27). Cette critique gagnerait à être généralisée et mise en rapport avec l'épistémologie scolastique qui sous-tend l'ensemble du système de pensée qui a produit les objets qu'elle prend pour cible. Beaucoup de débats de la doctrine contemporaine en seraient aussi éclairés. On dispute encore si la nullité est ou non une fiction. La question eût semblée incongrue à plus d'un docteur des temps médiévaux, puisque l'acte juridique ne tient sa réalité que du droit et que le droit est tout aussi fondé à en prononcer rétroactivement l'aneantissement (28). Les controverses contemporaines sur la réalité de la personne morale prolongent elles aussi à leur manière les problèmes de la scolastique. Cette question mérite qu'on s'y attarde quelque peu.

(27) *Le cap des Tempêtes*, op. cit., pp. 119 (nature juridique), 174-175 (nullité), 151-154 (personne morale).

(28) Ainsi, Bartole distinguait soigneusement, dans le contrat, la réalité juridique et la réalité factuelle : « L'on ne recourt pas à la fiction lorsque quelque chose peut être fait (...) ainsi, les contrats, en ce qu'ils sont une matière de droit, peuvent être véritablement annulés par la loi, qui les prive d'effet juridique lorsqu'ils ont été faits en violation des lois; quant au droit, ils sont véritablement inutiles ou nuls; mais, quant au fait, ils sont fictivement tenus pour n'ayant pas existé, puisqu'ils ne peuvent pas être tenus pour tels en vérité » : sur C. 1.14.16, cité et traduit par Y. THOMAS, « *Fictio legis...* », op. cit. (n. 24), p. 42.

La personne morale est également une de ces créations typiques des temps médiévaux, inconnue des Romains (29). Au temps des glossateurs, du début du XII^e au milieu du XIII^e siècle, la doctrine admit fort libéralement la formation d'entités auxquelles on reconnaissait, avec la qualité de sujet de droit, la capacité d'agir en justice, de contracter, d'être propriétaire, et que l'on baptisait selon les circonstances *universitas*, *collegium* ou encore *corpus*. Ces entités étaient-elles réelles ou fictives? Quoique les glossateurs et les premiers canonistes ne se soient pas prononcés sur la question, la constance que l'Église, corps mystique, parût fournir le paradigme sur lequel se construisaient toutes les autres, que le langage des juristes sur l'*universitas* eût parfois calqué au mot près celui des théologiens sur les universaux, espèces douées d'une réalité propre distincte des individus qui la composent (30), tout cela donnait à penser que l'*universitas* ne pouvait être à leurs yeux d'une nature ou d'une réalité bien différente des autres êtres incorporels reconnus par la science du droit. En tout cas, les glossateurs s'abstinrent de toute personification. Ils n'usèrent pour ainsi dire pas du terme *persona*, pas plus qu'ils ne se sentirent en devoir de recourir à l'instrument de la fiction, manifestement inadéquat (31). Cependant, les choses changèrent brusquement, très précisément en 1245, sous l'impulsion immédiate de la législation pontificale. Le contexte historique de ce tournant mérite d'être noté. Depuis peu, les canonistes, à la différence des civilistes qui les avaient jusque-là inspirés, tendaient à assimiler l'*universitas* à une personne, ce qui créait un effet d'anthropomorphisme auparavant inconnu. Surtout, les développements récents de la justice criminelle de l'Église, liés à la répression de l'hérésie, à la genèse de l'Inquisition et à l'abondante législation qu'elle suscitait, vint soudain placer au premier plan les préoccupations du pénal. Aussi bien l'émergence de l'idée de fiction fut-elle exactement contemporaine et coextensive à l'affirmation de l'irresponsabilité pénale de l'être collectif. Au concile de Lyon de 1245, le pape Innocent IV fit promulguer une décrétale qui posait

(29) Cf. Y. THOMAS, « L'insitution civile de la cité », *Le débat*, 74 (1993), pp. 25-44.

(30) O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht. III. Die Staus- und Korporationslehre des Mittelalters und des Aufstiegs in Deutschland* (1881), Ried. Graz, 1954, p. 203; E. KANTOROVICZ, *Les deux corps du roi...*, op. cit. (n. 14), pp. 217 et s.

(31) Il est remarquable que le langage de la fiction n'apparaisse chez les glossateurs que pour justifier que l'on tiennne pour la volonté de tous les membres ce qui n'a été décidé que par la majorité ou par des représentants élus, mécanisme qui relève ici typiquement de la fiction sur les seuls faits : O. VON GIERKE, *Genossenschaftsrecht. III. op. cit.*, pp. 219-223.

l'impossibilité d'excommunier une *universitas*, règle que le pape juriste justifia en alléguant qu'une collectivité ne pouvait être assimilée à une personne que par une fiction du droit : c'était donc une *persona ficta*. Telle fut l'origine de la théorie dite de la fiction, que l'autorité des décrétales imposa désormais tant aux canonistes qu'aux civilistes. Ce fut l'occasion de la pénétration dans le discours juridique d'un langage qui était dans ce cas celui du nominalisme : la personne morale devenait un *nomen iuris*, elle n'était personne que *secundum fictionem legis* mais non *secundum rei veritatem*, c'était une *persona non vera sed repraesentata* (32). A dire vrai, ce langage nouveau introduisit dans la doctrine un espace de perturbation, car il brouillait aussi bien la construction traditionnelle de l'*universitas* que les idées dominantes relatives à la fiction. Une solution simple eût été d'admettre que l'être moral était bien une réalité juridique, tandis que seule son assimilation à un être physique relevait de la fiction. Il ne semble pas cependant que la doctrine médiévale ait jamais abouti à un énoncé aussi univoque. En revanche, elle s'engagea dans une autre voie, au vrai convergente, qui consistait à réintroduire dans le débat la distinction du droit et du fait. Comparant ce qui est permis à un être moral (ester en justice, contracter, être propriétaire) et ce qui lui est interdit (témoigner, prêter serment, faire œuvre de marraine à un baptême, subir une peine corporelle ou spirituelle), un commentateur circonscrivait son champ d'incapacité propre d'une part dans « les paroles qui ont une résonance sur le terrain des faits » (*verba resonantia in factum*), d'autre part dans « les actes qu'elle poserait ou subirait en tant qu'ils se situent dans l'ordre des faits » (*actus et passiones prout consistunt in factum*) (33). Par-delà les controverses, les flottements et les contradictions, la tendance lourde de la scolastique juridique restait de chercher sa cohérence dans une distinction toujours plus systématique entre droit et fait.

Les querelles doctrinales contemporaines sur la nature de la personne morale sont ardues. Elles traversent les décennies, comme aussi tous les domaines du savoir juridique, et elles perpétuent les termes des discussions scolastiques, non d'ailleurs sans de sérieux malentendus. On sait que ces débats sont polarisés autour de deux

(32) Formules très fréquemment reproduites d'Innocent IV à la fin du Moyen Âge : O. VON GUERIKER, *Gemeinschaftsrecht*, III, op. cit., pp. 282, 365, 426-427, 430.

(33) Franciscus de Zabarella, sur X. 1. 5. 3. 30, cité par O. VON GUERIKER, *Gemeinschaftsrecht*, III, op. cit., p. 429.

grandes thèses, dites respectivement de la fiction et de la réalité de la personne morale. La thèse de la fiction est ancrée dans la tradition et elle s'inscrit sans ambages dans le refus séculaire de l'anthropomorphisme. Quant aux théories dites à présent de la « réalité », elles postulent une adéquation entre l'entité juridique et un être social ou sociologique à figure humaine, exigence extrajuridique que les docteurs des temps scolastiques eussent tous récusée. La personne morale est un être entièrement constitué par le droit et dont la réalité juridique, par conséquent, se décrète. C'est probablement ce qu'a intégré une troisième théorie, dite de la « réalité technique », que l'on a parfois présentée à tort comme une voie moyenne, alors que cette réalité prétendument technique n'est au vrai qu'une réalité juridique et qu'elle ramène (à l'égal, dans ce cas, de la théorie de la fiction) à l'idée d'un être totalement construit par le droit (34).

De nos jours, comme au temps d'Innocent IV, le débat se focalise sur le terrain pénal. Les deux thèses opposées de la réalité et de la fiction s'y trouvent mobilisées, la première pour justifier la responsabilité pénale des personnes morales, la seconde pour la combattre en dévoilant qu'elle entraîne à mots couverts la création d'une responsabilité collective (35). La théorie contemporaine de la réalité, en effet, semble n'avoir d'autre fin, en entretenant l'illusion que le droit serait fatalement lié à l'évolution d'un substrat préjuridique, que de masquer la réalité des choix qu'on lui fait ainsi opérer. Se fonder sur un prétendu réalisme pour justifier la responsabilité pénale des personnes morales, ou encore énoncer que l'incrimination des personnes morales par la loi pénale serait une « reconnaissance de la réalité des personnes morales », c'est s'abuser sur la portée d'une telle loi pénale : elle ne procède en rien de la nature des personnes morales, mais elle altère en revanche la réalité juridique du sujet pénal, qui elle aussi se décrète. C'est bien une responsabilité collective que, ce faisant, la loi réintroduit.

Le dédoublement du réel en deux mondes, celui des faits et celui du droit, qui coexistent et se trouvent en échange constant, est l'artifice majeur par lequel le droit-*ius* a conquis son autonomie comme

(34) Sur la théorie dite de la réalité technique, voir l'analyse critique et la mise au point de L. FRANÇOIS, « Les syndicats et la personnalité juridique », note esb Cass., 28 avril 1966, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1968, pp. 49-51.

(35) Cf. à ce sujet l'exposé de synthèse de W. CASSINUS, « La responsabilité des personnes morales : une solution en trompe-l'œil ? », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 79(1999), pp. 823-859.

science. Il entraînerait pour conséquence que la question de l'effectivité, qui tient tant de place dans la philosophie contemporaine du droit, n'en occuperait pour ainsi dire aucune dans la pensée des juristes de l'âge scolastique. A les lire, on a souvent le sentiment d'une sorte de science physique pour l'ingénieur qui mériterait d'être enseignée et étudiée quand bien même il n'y aurait pas eu d'ingénieur pour s'en servir. Tout se passe comme si l'université médiévale élaborait un savoir normatif à la disposition du pouvoir, savoir dont on pouvait penser que le pouvoir aurait eu tort de le dédaigner mais dont l'usage qu'il choisissait d'en faire n'avait pas d'incidence nécessaire, en retour, sur le développement linéaire des productions scientifiques. Cette science avait aussi l'étrange particularité, une fois admise la fusion en un seul discours des différents registres d'écriture de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine, qu'elle se confondait parfaitement avec son objet. Et comme cet objet propre était, autant que les normes, le statut juridique que les normes font attribuer aux choses et aux événements, elle prenait physiologie moins d'une science du devoir être que de la science d'une modalité particulière de l'être.

La science du droit est-elle intrinsèquement nominaliste ou réaliste ? La question n'a pas encore été traitée systématiquement et les fragments de réponse que l'on grappille ici et là feraient plutôt pencher vers le nominalisme. Il y a à cela plusieurs raisons. La principale est que la confrontation des deux thèses est pratiquement toujours pensée à travers son statut dans la querelle philosophico-théologique des universaux. Or ce statut est à l'examen fort complexe. Non seulement la frontière du nominalisme et du réalisme est mouvante, mais les termes en peuvent parfois permuer avec une étonnante aisance. Telle pensée, qui passe pour nominaliste par opposition à telle autre et dans tel type de controverse, apparaîtra réaliste si on l'oppose au système d'un autre auteur ou si l'on déplace le cadre de la confrontation⁽³⁷⁾. En outre, on circonscrit volontiers l'espace du réalisme à l'exigence de conformité avec une réalité externe, laquelle se confond elle-même avec le monde extérieur. Le discours juridique est alors tenu pour nominaliste dès qu'il s'en

⁽³⁷⁾ Voir à présent A. DE LIBERA, *La querelle des universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, Paris, 1996.

éloigne⁽³⁷⁾. A notre avis, il faut prendre le problème autrement, en amont et à nouveau de manière plus élémentaire. Remonter à l'acte de lecture comme opération première de l'enseignement, à la fois lecture et leçon (*lectura*), dans l'université médiévale. « Les mots du livre que j'ouvre correspondent-ils à la réalité des choses ? », se demande le scolastique. C'est bien la question que posent les écolâtres à propos de l'abrége de Porphyre des catégories d'Aristote, et qui est le départ classiquement assigné à la querelle médiévale des universaux⁽³⁸⁾. Il est vrai que dans ce cas, les philosophes trouvaient le problème déjà posé dans le texte commenté, lequel était déjà lui-même un commentaire. Mais n'importe quel autre texte suscitait la même interrogation. Dans les opérations de mémorisation, alors tenues pour la clef du travail intellectuel, on apprenait à distinguer la mémoire *ad verba*, qui tenait dans le mot à mot, et la mémoire *ad res*, qui fixait dans l'esprit les objets du livre⁽³⁹⁾. Que ces objets fussent de pure imagination ou qu'ils fussent doués de modalités particulières d'existence, comme le pouvaient des êtres aussi divers que les sacrements, les anges, les licornes ou les constellations, est une question qui survenait et revenait régulièrement, même si le temps manquait souvent pour s'y attarder. Les textes juridiques où elle affleure ne sont pas si rares, mais ils n'ont guère été sollicités encore par la recherche historique. Quoi qu'il en soit, on devine la réponse qui s'est globalement imposée. Les objets du livre sont ces *verba* qui n'ont pas d'autre existence que celle qui est constituée par le caractère impérieux du livre lui-même. « De même que l'univers entier est composé de quatre éléments, proclame la

⁽³⁷⁾ Otto von Guericke déjà (*Genossenschaftsrecht*, III, op. cit., pp. 281, 365, 425 et s.) seignait le « nominalisme » de la construction de la personne morale en droit savant (on fait, sont sur tout visés les canonistes), qu'il opposait à sa propre conception de la communauté-organisme de droit germanique, dont il appelait la restauration de ses vœux. Dans la littérature plus récente, relevons par exemple l'emploi des termes « nominalisme » et « réalisme » chez M. BASTRY, *Naissance de la loi moderne*, op. cit. (n. 13) et O. CAYLA, « Le droit de se plandre », in O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'arrêt Ferracé*, Paris, 2002, pp. 19 et s. Les points de vue de ces auteurs sont en tout opposés, puisque le premier déplore que le droit se soit écarté au fil de l'histoire de la nature des choses au nom du « nominalisme » ou du « volontarisme », tandis que le second revendique précisément cette démarche comme intrinsèque à la pensée juridique. Reste que, depuis von Guericke, les protagonistes sont d'accord sur les termes du débat, qui conduisent à situer la pensée juridique parmi les nominalismes. C'est à notre sens méconnaître la prétention du droit-tas à se constituer ses propres réalités, valider l'autonomie des sciences du droit à l'égard des sciences du fait et donc s'interdire à leur égard toute nouvelle critique nominaliste.

⁽³⁸⁾ A. DE LIBERA, article « Universaux », *Dictionnaire du Moyen Âge*, Cl. GUYARD, A. DE LIBERA et M. ZINK éd., Paris, 2002, t. II, *La querelle des universaux...*, op. cit., pp. 133 et s.

⁽³⁹⁾ M. CARRETTIERS, *Machina memoriae. Méthode, rhétorique et fabrication des images au Moyen Âge*, Paris, 2002, pp. 45 et s.

glose des Institutes, et que le monde entier est gouverné par les forces de ces quatre éléments-là, ce livre-ci contient tous les droits » (*continet omnia iura* : on peut traduire aussi bien « contient toutes les normes juridiques » ou « contient toutes les entités constituées par la science du droit ») (40).

Le discours juridique est semblable à la parole de l'héroïne des contes de fées à qui il sort de la bouche une pièce d'or pour chaque mot prononcé : il crée par lui-même ses propres réalités à mesure et par le simple fait qu'il les énonce. Le réalisme juridique repose sur les mêmes bases épistémologiques que tous les réalistes enfants par la scolastique, mais il tire sa force du mode de confrontation propre qu'il instaure avec le monde extérieur. A l'inverse d'un discours philosophique, physique ou métaphysique sur la nature, que l'observation de la nature pourrait valider ou invalider, le droit comme science échappe à toute censure externe puisqu'il ne vise pas à rendre compte du monde extérieur mais à l'ordonner selon ses plans propres. Et, paradoxalement, plus la normativité du discours est occultée dans un langage que dominant des énoncés qui se donnent pour des jugements de réalité (le mariage est nul, le contrat est ou n'est pas formé, l'usufruit est immeuble... (41), plus la normativité intrinsèque au système renforce la crédibilité de ces prétendus constats. S'il est encore possible de persuader sans trop de mal l'homme de l'an deux mille que le mariage a une existence juridique distincte de son existence factuelle, c'est bien parce qu'à cette existence juridique est liée une foule de conséquences immédiatement sensibles.

De l'âge scolastique, les sciences du droit ne sont à la vérité jamais sorties. Dans leur champ propre, la critique nominaliste n'a pas encore donné. On connaît la formule du rasoir d'Occam : il ne faut pas multiplier les entités conçues par l'esprit en dehors de ce qu'impose la nécessité (*entia non sunt multiplicanda propter necessitatem*) (42). Les sciences du droit ont procédé tout à l'inverse : elles ont fait foisonner les entités. A ceux qui douteraient de la permanence de l'esprit scolastique, jusque dans ses aspects les plus caricaturaux, on peut conseiller, à titre d'exemple, de relire les contro-

(40) « Sic ut ex quatuor elementis omnia corpora conficiuntur, ut terra et aqua et ignis et aer, ideo ex istis hominum quatuor elementarum totus mundus gubernatur : ita hic liber comprehendit omnia iura » : *Cl. prima elementa sub Inst.*, *Proemium*, 8.

(41) *Le cap des Temples*,... pp. 118-120.

(42) *Ibid.*, p. 72.

verses que suscita la question de savoir s'il fallait, malgré le silence du Code civil, maintenir l'occupation parmi les modes originaires d'acquisition de la propriété. On y voit de grands savants disputer si le gibier, avant d'être capturé par le chasseur, est la propriété de l'État ou si l'n'est la propriété de personne. On s'y demande si « le particulier qui va puiser de l'eau à la rivière n'acquiert pas le domaine de l'eau qu'il a puisée et dont il a empli sa cruche ». On y apprend que « l'industrie des chiffonniers trouve sa justification juridique dans cette fonction de l'occupation » (43). N'allons pas croire que ces propos, qui fleurissent bon le siècle de Bouvard et Pécuchet, appartiennent à des temps révolus. L'âge de la postmodernité, des nouvelles technologies, de l'immatériel et du virtuel ouvre devant ce genre de spéculation des horizons indéfiniment renouvelables. Nous n'avons pas encore découvert que l'occupation pouvait s'étendre aux incorporels et nous étions inconscients des potentialités que recelait cette nouvelle articulation des concepts. Nous apprenons aujourd'hui que celui qui dépose une marque ou un nom de domaine, qui s'empare d'un mot ou d'une image pour en faire l'emblème ou le symbole de son activité, celui-là réalise l'occupation d'un signe — en fait, il eût mieux valu dire d'un signifiant, puisque l'immatériel occupé ne devient précisément signe que par l'opération ici qualifiée d'occupation (44). En ayant résolument achevé d'oublier que l'occupation n'a en droit français aucune base légale, nous voici à même de concevoir qu'elle offre au droit de la propriété intellectuelle, à titre supplétif, la ressource de quantité d'ingénieux montages.

Le discours des juristes infuse encore volontiers l'idée que l'univers du droit serait un monde au-dessus du monde qui contiendrait par lui-même toute l'analyse juridique du monde et donc la solution potentielle de toute question présente ou à venir (45). Poussé à l'ex-

(43) E. G. DEKLOOMER, *Cours de droit civil*, VII, Bruxelles, 1858, pp. 9 et s.; L. JOSSEBRAND, *Cours de droit civil français*, Paris, 1930, I, p. 839.

(44) A. PÉRUSSIER, *Possession et meubles incorporels*, Thèse, Paris, Dalloz, 2001, pp. 225 et s. (45) « Pour nous autres juriscoristes, écrit l'auteur des conclusions d'un colloque sur les défis de l'immatériel, il s'agit d'aller jusqu'à l'essence du droit, de vérifier son immense capacité d'absorption des phénomènes de la Nature et du génie des hommes » : P. Y. GAVYRER, « Rapport de synthèse », *Archives de philosophie du droit*, 43(1999), p. 234. A l'époque où je suivais les cours de Lucien François, un autre professeur, excellent civiliste au demeurant, qui voulait nous faire sentir l'ubiquité du droit sans y mettre la moindre incantation rituelle, ricanait l'apologue suivant. Un peintre et un juriste se promènent dans une forêt. « Que vois-tu ? », demande le juriste au peintre. « Je vois la terre, l'herbe et les arbres, je vois le ciel et les nuages », l'acte d'apercevoir le tableau, nous ne pouvions deviner s'il s'agissait vraiment d'un peintre figuratif. « Quant à moi, reprend le juriste, je vois des droits partout : des propriétés qui s'éclatent du centre de la terre

trême, le propos peut prêter à soupçon et les juristes eux-mêmes en sourient quelquefois. Il n'en dévoile pas moins la nature profonde d'une démarche restée inhérente à la pensée juridique contemporaine. Les sciences du droit revendiquent toujours ce statut spécial qui les fait se confondre avec leur objet⁽⁴⁶⁾. L'idée même de recherche y est problématique, puisque l'observation ou l'expérimentation sur les faits en est *a priori* exclue. C'est pourquoi la nouveauté consiste souvent encore à réélaborer indéfiniment des constructions intellectuelles qui procèdent de l'empilement des entités sur les entités. Plus ces reconstructions juridiques du réel se complexifient, plus elles creusent l'écart entre les sciences du droit et les sciences humaines. Les rencontres interdisciplinaires qui mettent les juristes en présence de leurs collègues sociologues, économistes ou historiens, sont l'occasion d'en renouveler l'expérience : ceux-ci s'exaspèrent souvent des travestissements que ceux-là infligent aux rapports sociaux. Mais ils peinent à donner expression à cette irritation, devant le risque de méconnaître l'efficacité du droit ou de dénier sa part de vérité. Ne faudrait-il pas songer, enfin, à décoder les techniques de ces travestissements et à mettre à nu les réalités travesties ?

Depuis le Moyen Âge, une énigmatique récurrence des façons de dire a fait associer la prolifération des entités à des métaphores capillaires. Le foisonnement « échevelé » des *entia* est comme une chevelure ou une barbe qui pousse de manière incontrôlée. Peut-être cela tient-il au goût immodéré de la scolastique pour les questions quodlibétiques qui portaient sur le poil, les effets du sexe ou de l'âge sur sa croissance et sa couleur, la calvitie, etc⁽⁴⁷⁾. Il est probable que le « rasoir » d'Occam doit se comprendre dans ce registre. On ne sait si l'expression « couper les cheveux en quatre » en provient aussi⁽⁴⁸⁾. Mais il est vrai que les juristes ont la réputation d'être de grands coupeurs de cheveux en quatre et, à la lumière de l'histoire intellectuelle, cette réputation n'a rien d'usurpé. La pensée juridi-

au plus haut des cieux, *ab infinis usque ad caelum*, des voies impréscriptibles et des servitudes d'utilité publique, des biens communaux, des usufruits et des usages. Là, sur l'herbe, pendus aux branches des arbres, projetés en plein ciel, des droits partout ! »

(46) « La science du droit ne se forme pas à partir de l'objet droit qui lui serait préexistant. Elle se constitue au même temps et le droit se crée par elle et en elle. La recherche est nécessaire au droit qui ne jouit d'aucune réalité indépendante de la recherche » : E. PICARD, *Le thème de droit en droit et la recherche juridique*, Paris, 1933, cité par I. DE LAMBERTIERRE, « Réflexions sur la recherche en sciences du droit », *Droits*, 20(1994), p. 159.

(47) A. DE LIBERA, *Penser au Moyen Âge*, Paris, 1981, pp. 361-362.

(48) A. DE LIBERA, *ibid.*

que est un système pileux affecté de forte hypertrochie. Cependant, voici venir le temps du barbier.

II. - REDÉFINIR LE DROIT ?

Comme on le sait, le droit a fait l'objet, au long des XIX^e et XX^e siècles, d'efforts théoriques de définition et de redéfinition, inlassablement remis sur le métier et toujours inachevés⁽⁴⁹⁾. Les problèmes inextricables que soulève cette approche ont conduit plus d'un auteur, parmi ceux-là mêmes qui ne déniaient pas à l'exercice toute espèce d'intérêt, à renoncer aux définitions trop formelles. Ceux-là dénoncent, avec Wittgenstein, « la tendance à croire qu'il existerait un élément commun à toutes entités que nous désignons communément sous un terme général », ils se résignent à l'idée qu'un même terme, comme celui de droit, ne regrouperait en fait que des phénomènes qui forment « une famille dont tous les membres ont des ressemblances, les uns le même nez, d'autres les mêmes sourcils, d'autres encore la même démarche, qui se chevauchent »⁽⁵⁰⁾. On adopte alors des critères différents qui se cumulent sans s'exclure. Ils déterminent un ensemble plastique dont les contours varient en fonction du contexte théorique où la pensée l'appréhende. Pour autant, aucune approche théorique contemporaine de définition du droit ne s'est totalement affranchie de l'héritage scolastique du droit-*vis*. Aucune n'a tenté la démarche d'inspection culturelle ou, pour reprendre la formule de Giordana Charuty, d'« ethnologie de soi », que les pages qu'on vient de lire ont tenté d'esquisser et qui vise à cerner par l'histoire des mots et des concepts les conditions de production de son propre discours.

En un sens, la démarche de Lucien François n'innove pas à cet égard. Elle se construit dans la problématique classique de la théorie du droit comme effort de définition de son objet. Elle peut donc sembler n'apporter qu'une couche supplémentaire dans une sédimentation conceptuelle déjà saturée. Mais à un autre point de vue, on peut aussi bien soutenir qu'elle s'extrait à cette problématique

(49) Pour une vue de synthèse et une approche critique du problème, on se référera à présent à l'exposé de F. ORT et M. VAN DE KENCKOVZ, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F. U.S.L., 2002, pp. 267-306.

(50) L. WITGENSTEIN, *Preliminary Studies for the Philosophical Investigations, generally known as The Blue and Brown Books*, Oxford, Blackwell, 1958, p. 17; discussion du problème dans L. FRANÇOIS, *Le cap des Tempêtes...*, op. cit., p. 24, n. 12.

en construisant un nouvel objet. En employant les catégories d'analyse de Bachelard, on dirait qu'elle vide de substance le champ épistémologique de la théorie à mesure qu'elle le parcourt en tout sens pour en dénoncer les carences. Ce faisant, elle en vient à ouvrir des champs nouveaux, ce qui est le propre de la rupture épistémologique.

Par rapport à la configuration traditionnelle du droit-*ius*, le système de Lucien François se démarque par une rupture première qui repose sur le découplage radical du droit et de la justice. C'est le sens de l'apologue de saint Augustin, de l'ablatif absolu *remota iustitia*, qui fournit à notre livre son titre, ou encore de l'image du cap des Tempêtes telle qu'elle apparaissait sous la plume de Bobbio. En cela, Lucien François se bornait à porter à ses dernières conséquences le postulat sur lequel s'appuyaient déjà les différents courants du justitivismisme. C'est la rupture par rapport au droit dont l'antonyme est le tort. Mais le système comporte aussi une autre ligne de fracture, à l'égard du droit dont l'antonyme est le fait. Cette rupture seconde est dans son livre comme implicite, elle n'est pas théorisée pour elle-même. Mais on peut penser que, pour l'avenir des sciences juridiques, elle n'est pas moins riche de significations que la première.

Le droit sans la justice

« Nos jugements de valeur, écrit Lucien François, n'offrent aucune utilité pour connaître et comprendre la réalité »⁽⁵¹⁾. Dans toutes les facultés qu'hébergent nos universités, sauf une, voilà un constat qui passerait simplement pour une condition élémentaire de la pensée scientifique. Il n'appellerait pas plus d'objection qu'il ne créerait de malaise. Le médecin qui étudie la prolifération des cellules cancéreuses est parfaitement conscient que ce qu'il pense de la santé et de la maladie, du bien et du mal, est de ce point de vue indifférent; que le serment d'Hippocrate, qu'il a prêté et auquel il est fidèle, ne lui est en effet d'aucune utilité pour saisir le mode de reproduction de la cellule. Personne ne songerait, devant l'article spécialisé d'une revue médicale, à reprocher à l'auteur une quelconque « froideur » face à la maladie, non plus qu'à le soupçonner de manquer de compassion à l'égard des malades. Les exigences de

⁽⁵¹⁾ *Le cap des Tempêtes*, p. 321.

l'éthique et la démarche scientifique se sont fixées une fois pour toutes dans des registres séparés. Mais, en faculté de droit, ces idées cessent d'avoir cours. C'est que la démarche scientifique n'est pas distincte de son objet et que l'objet lui-même a incorporé de l'éthique. Celui qui affirme « le droit nazi était aussi un droit » n'est pas compris comme le médecin qui énonce que « la cellule cancéreuse est aussi une cellule ». Il est aussitôt suspecté d'affaiblir le droit en obli- térant son côté moral.

L'usage appelle positivismes les théories du droit qui, parce qu'elles refusent le recours aux valeurs pour définir leur objet, choisissent de porter sur lui le regard du médecin sur la cellule. On ne soulignera jamais assez à quel point ce type d'approche, quel qu'il ait pu être le retentissement de théories comme celles de Hans Kelsen, de Gustav Radbruch, du juge Holmes, de Santi Romano et d'autres encore, demeure marginal, mal compris, stigmatisé, au point que, pour certains esprits, l'adjectif « positiviste » est devenu quasiment péjoratif. Un des ressorts les plus pernicieux de ces malentendus est un effet d'amalgame, que l'on peut observer en mille circonstances : amalgame entre la décision de ne tenir pour droit à titre scientifique que la règle effective (ce qui est un jugement de réalité) et la conviction qu'il faut obéir à toute règle effective (ce qui est un jugement de valeur). Sont ainsi rangés péle-mêle sous l'étiquette « positivisme », outre les théories que l'on vient de mentionner : le légalisme de ceux qui recommandent l'application de toute loi émise par le pouvoir, quel qu'en soit le contenu, l'attitude des professeurs de droit qui borborent leur horizon intellectuel à l'exégèse des lois et règlements en vigueur, l'utilitarisme qui conduit à subordonner toute pratique du droit à ses résultats, en particulier à ses résultats économiques et financiers, etc. On peut se demander si l'intolérance ne se renforce pas, par surcroît, en raison du déclin des idéologies, qui a fait tourner vers le droit et la justice des aspirations autrefois investies ailleurs et qui aboutit parfois à conférer au droit le statut d'une sorte de religion de notre temps. Les pensées dogmatiques sont rarement favorables à l'esprit d'examen. Le milieu des juristes ne parvient pas à distinguer l'acte de connaissance, qui ne saurait accéder à l'état scientifique qu'en s'affranchissant du jugement moral, et l'acte de participation (y compris l'acte d'application) qui, tout au contraire, ne saurait s'en émanciper. Le positiviste est toujours soupçonné, quand il revendique la nécessaire indépendance de

celui-là, de compromettre la nécessaire subordination de celui-ci. Aussi la plupart des théories du droit aujourd'hui en circulation sont-elles des théories de « juste milieu », qui donnent le droit pour une combinaison, aux contours plus ou moins incertains, d'effectif et de juste. Mais comment ne pas voir qu'au rebours des bonnes intentions qui les animent, elles prennent le risque d'affaiblir à la fois et la science et l'éthique, en quelque sorte l'une par l'autre, faute d'assigner aux exigences d'exactitude de la première et aux exigences de rigueur de la seconde des territoires distincts ?

Le paradigme du droit nazi fournit à cet égard un excellent terrain d'épreuve. Dans la seconde moitié du XX^e siècle, l'indigence de la réflexion des juristes sur cet épisode aura été proprement stupéfiante. Une fois encore, le positivisme a fourni boucs émissaires et alibis. S'il s'est trouvé des professeurs, des avocats et des juges, entend-on souvent encore, pour enseigner et appliquer les Lois de Nuremberg ou, en France, le Statut des Juifs de Vichy, n'est-ce pas en raison du légalisme étroit d'un milieu professionnel ? Cette explication simpliste conduit à compromettre, avec le supposé légalisme, toute forme de positivisme. Mais elle est doublement erronée, sur le terrain du jugement moral aussi bien que sur celui de l'histoire. C'est faire injure à la mémoire d'un Gustav Radbruch, par exemple, que de dénier la capacité d'un même homme de reconnaître pleinement la juridicité du droit nazi au nom de positions d'ordre scientifique et, tout à la fois, de le combattre sans équivoque au nom d'un principe de justice. Mais l'erreur est aussi une erreur historique. Car l'« esprit du temps », le *Zeitgeist* dont se réclamaient les juristes nazis n'avait vraiment rien d'un légalisme. Il revendiquait au contraire l'affranchissement systématique du respect de la lettre des lois⁽⁵²⁾. Il engendra des productions considérables, en volume du moins, sur le terrain de la philosophie, de la théorie et de l'histoire du droit, productions qui puisaient largement aux sources de la science juridique allemande du XIX^e et du premier XX^e siècle mais qui ne devaient rien, qui se situaient même aux antipodes des courants

(52) Quantité de documents de l'époque nazie témoignent de la volonté systématique de dépasser ou d'écartier, la lettre des lois au nom du « sentiment sain du peuple » (*Gewissen Volksgesetz*), formule consacrée qui était devenue le maître mot de tout acte d'application du droit. Comme le proclamait alors la doctrine juridique, « eine gesunde Verwältung hat mit Paragraphen nichts zu tun » (une saine administration n'a que faire des articles [des lois]) : Michael Stollers, art. « Nationalsozialistisches Recht », ds. *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, 1981.

positivistes⁽⁵³⁾. Cependant, ce genre de phénomène n'a guère été aperçu, simplement parce que, aux yeux de la plupart des juristes, le droit nazi ne constitue pas un objet de curiosité. Au fond, ce n'est pas vraiment un droit. Il n'a du droit que certaines apparences, mais il lui manque la correspondance minimale aux valeurs sans laquelle il n'est pas d'ordre juridique. L'épisode nazi ne s'intègre pas à la mémoire du droit. A l'égard du devoir de mémoire, rappelé infaiblement par les historiens de ces dernières décennies, le juriste, en tant que juriste, ne se sent en rien concerné. Il a fallu attendre l'extrême fin du XX^e siècle pour voir paraître quelques études spécialisées sur la doctrine ainsi que sur la pratique juridique et judiciaire des années sombres⁽⁵⁴⁾. Mais ces études sont loin d'avoir soldé tous les comptes. Les controverses toujours en cours sur le statut historique de la pensée d'un Carl Schmitt en témoignent encore abondamment. Pour le reste, la plupart des synthèses contemporaines de théorie du droit, quand elles n'omettent pas purement le phénomène, ne lui consacrent au mieux que quelques pages, en général fort mal informées⁽⁵⁵⁾. La théorie du droit se

(53) L'historicisme juridique, qui est croyons-nous leur source véritable, n'a rien d'un positivisme. Cf. R. JACOB, « Le dévoiement d'une science : l'histoire du droit et les structures du nazisme », ds. R. BURTON (éd.), *Les sciences humaines et les droits de l'homme*, Bruxelles, 1984, pp. 48-63, étude déjà ancienne mais que les recherches publiées depuis ne me paraissent pas avoir rendue obsolète. Sur l'influence de l'historicisme en général, (contre l'essai classique de K. FORTNAK, *Maître de l'historicisme*, trad. fr., 1956) on lira maintenant O. GERHARDT OESTLE, *L'historicisme en débat. De Nietzsche à Kantorowicz*, trad. fr., Paris, 2001.

(54) On citera tout particulièrement l'excellent ouvrage collectif *Im Namen des Deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus*, Berlin, 1989, et, pour la France, les deux numéros thématiques de la revue *Le Genre Humain* : *Juger sous Vichy* (1994) et *Le droit antisémite de Vichy* (1996). Sur les sciences juridiques, cf. e.a. M. STOLLERS et D. SKON (éds.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1989. Mais nous ne disposons pas encore d'une vue d'ensemble des différents courants de la pensée juridique et de leurs transformations pendant la période 1930-1945.

(55) Voir par exemple R. DWORCKIN, *L'empire du droit* [1986], trad. fr., Paris, 1994, pp. 115-122. Au nom de « la souplesse du langage », c'est-à-dire d'une conception du droit qui intègre simultanément des critères de définition ou puissance incompatibles, Dworckin reconnaît la juridicité du droit nazi, tout en concordant aussitôt que « nous n'avons pas de mal à comprendre celui qui dit et répète que le droit nazi n'était pas vraiment du droit, ou que c'était dans un sens déguisé, ou que c'était moins que du droit à part entière » (p. 117). L'auteur enchaîne sur un développement où il s'abstient de distinguer acte de connaissance et acte de participation/application. Il s'y interroge, « dans un système étranger que nous désapprouvons » (doit-on comprendre que le droit du pays de l'auteur est par nature à l'abri de telles dérives?) sur les aventures d'un juge imaginaire qu'il baptise Siegfried et qu'il met aux prises avec des lois non moins imaginaires et toutes scandaleuses à des titres divers. A l'évidence, Dworckin n'a jamais songé à se renseigner sur ce qu'il pouvait en supposer. Mais la théorie semble ici ne fonctionner que pour exalter un objet du champ qu'elle s'assigne. Dans la même ligne de pensée, cf. l'addendum « Le droit nazi était-il du droit ? », ds. D. DE ESCOBILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, 1997, pp. 255-258.

construit ainsi un territoire qui relègue l'injuste sur ses marges extrêmes. Ce faisant, elle contribue à entretenir certaines formes de cécité qui ne contribuent guère, en vérité, au progrès des valeurs dont elle se réclame.

Bien entendu, il est couramment reconnu qu'aucune anthropologie ni aucune histoire ne saurait s'accommoder de la projection des valeurs de la société occidentale actuelle sur les sociétés qui font la matière de leurs recherches. Lorsque l'anthropologue observe que, dans des cultures très différentes, le viol collectif est employé comme mode de sanction de la norme⁽⁵⁶⁾, nul ne songe à lui faire grief de quelque complaisance à l'égard du viol collectif. Et comment pourrait-on distinguer l'impôt du racket ou du rançonnement à propos de la taille qu'acquittait le paysan du Moyen Âge à son seigneur ? du canon de l'emphytéose, qui fut à l'origine le tribut levé par le magistrat du peuple vainqueur sur les terres confisquées au peuple vaincu ? de la taxe que le paysan sicilien versait à des *gabellotti*, terme qui désignait sous l'Ancien Régime les agents du fisc et qui s'appliqua à partir du XIX^e siècle, de manière quasiment naturelle, aux soldats de la mafia ? Cependant, il resterait encore à faire admettre, et c'est le plus difficile, que ce relativisme indispensable (qui n'a rien de commun avec le relativisme moral) ne saurait se voir confiner à des objets sociaux plus ou moins perçus comme exotiques. Le champ des normes est présent dans toute société et, dans toutes, il vaut d'être étudié avec des exigences de méthode identiques. L'anthropologie de l'autre ne saurait revendiquer pour elle seule des cadres épistémologiques que ferait oublier aussitôt la perspective d'une anthropologie de soi.

Le droit dans le fait

Or, sitôt reconnu cet impératif, se dessine l'obstacle que Bobbio comprenait comme le « cap des Tempêtes » de toute pensée positiviste. Comment distinguer, sans adopter un critère de juridicité qui confonde plus ou moins droit et justice, l'impératif qui émane des autorités de l'État de celui que formule par exemple une bande de malfaiteurs ? Comment dénier le caractère juridique de l'injonction « la bourse ou la vie », qu'un passant reçoit d'un brigand ? Le thème

(56) K.N. LEWISZYN et E.A. HOBBS, *La voie aboyenne... op. cit.* (n.1), pp. 196-203; A. THOMAS, « Le droit aborigène australien », *Droit et Cultures*, 27(1994), pp. 15-16.

de la mauvaise rencontre, parce qu'il sollicite la démarcation du droit et du droit du plus fort, est devenu le lieu d'une réflexion classique en philosophie du droit.

« Obéissez aux puissances. Si cela veut dire, cédez à la force, le précepte est bon, mais superflu, je réponds qu'il ne sera jamais violé (...) Qu'un brigand me surprenne au coin d'un bois : non seulement il faut par force donner la bourse, mais quand je pourrais la soustraire suis-je en conscience obligé de la donner ? car enfin le pistolet qu'il tient est aussi une puissance. Convenons donc que force n'est pas droit et qu'on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes. »

Ainsi raisonnait Jean-Jacques Rousseau⁽⁵⁷⁾. D'autres, à l'inverse, renoncèrent à franchir le cap. Ceux-là tiennent l'injonction du brigand pour un commandement pleinement juridique, à défaut d'être fondé en morale. C'est pourquoi ils se refusent à le distinguer de ces autres injonctions « circulez », « au nom de la loi, ouvrez », « par ces motifs, condamne », que profèrent les agents de l'autorité dans des ordres dont la juridicité n'est pas contestée.

L'originalité de la thèse de Lucien François est moins d'avoir adopté ce second point de vue que d'être restée, de bout en bout, en parfaite cohérence à son égard. Au fond, le livre tient son prix de l'esprit de système qui l'anime, cet esprit de système si volontiers dénigré de nos jours par les nombreux adeptes de théories du droit « souples » ou « sans rigneur », mais qui confère ici à la pensée toute sa force. La mauvaise rencontre ayant fourni « l'occurrence minimale du *jureme », l'analyse peut se porter ensuite sur l'inscription du jureme dans des relations durables, puis construire le concept d'*archème, pour en venir à développer les différents phénomènes de *polyarchémie et jusqu'à atteindre, à son terme, l'État et les relations interétatiques. Ce cheminement est conduit sans rupture. Le propre de la microscopie est qu'après avoir choisi de saisir d'enblée le microscope, elle ne l'a par la suite jamais lâché.

Ce faisant, elle a dans le même mouvement annulé la séparation du droit et du fait. Du jureme à l'État, aucun des éléments qui entrent dans la composition du juridique ainsi redéfini ne se situe en dehors de ce que nous appelons les faits. En corollaire, les entités du droit-*jus* ou, si l'on préfère, les phénomènes de reconstruction intellectuelle des faits où la tradition occidentale situait l'essence du

(57) *Du contrat social*, I, 3.

• Dans les pages qui suivent, les termes marqués d'une astérisque sont ceux qui ont été créés par Lucien François ou auxquels il a conféré un sens technique particulier. Le lecteur trouvera leur explication au glossaire édité à la suite du Cap des Tempêtes, pp. 323-326.

juridique, se trouvent à présent renvoyés à des opérations de communication contingentes. Tels sont les *messages préparatoires ou *messages constituants, les *qualités-reflets, le *nimbe, etc. Déplacement majeur. Il bouleverse les repères qui ont fixé jusqu'ici le domaine propre du juridique.

Curieusement, l'auteur ne s'est pas cru en devoir de souligner cette conséquence considérable de sa théorie. La négation de la distinction du fait et du droit est présente à chaque page, mais elle ne fait l'objet d'aucun développement particulier. Seule la présentation sommaire de la quatrième de couverture signale comme une des lignes de faite de l'ouvrage « le refus du préjugé selon lequel la notion de droit s'opposerait irréductiblement à la notion de fait ». A dire vrai, tenir le droit pour un fait social n'avait *a priori* rien d'une révolution. Depuis le XIX^e siècle, de nombreux sociologues l'ont proclamé. Tous les juristes sont d'ailleurs prêts à en convenir. Mais cet accord ne se réalise que sur l'idée que le droit est un phénomène social *dans sa globalité*. C'est pourquoi, sitôt ce constat opéré, se reconstruit une ligne de partage qui démarque, par rapport au droit, un extérieur et un intérieur et qui reproduit à l'identique la séparation du fait et du droit, telle qu'elle a été historiquement posée par la pensée juridique elle-même. Cette ligne de partage détermine aujourd'hui encore la frontière des compétences du sociologue du droit (à qui il est fréquemment rappelé qu'il lui incombe d'étudier la sociologie de la chose, mais non la chose), de l'historien du droit (que des traditions académiques immuables séparent rigoureusement de l'historien des sociétés ou « historien tout court », voire « historien des lettres », y compris lorsque celui-ci touche à la norme), etc. Même lorsque le caractère social du droit se voit reconnu apparemment sans réserve, une coupure épistémologique continue de séparer les sciences juridiques, qui l'appréhendent de l'intérieur, et les sciences sociales, arrêtées à ses portes. La coupure est d'autant plus profonde qu'elle traduit aussi l'opposition de deux méthodes : d'un côté une exégèse des textes qui ne s'est jamais déprise de sa matrice scolastique, de l'autre la validation d'un corps de savoir par l'expérience ou l'observation des faits.

Or c'est ce paysage des sciences humaines qui se trouve à présent bouleversé. La logique propre de la microscopie, comme démarche théorique, est de ramener le droit au fait, *non plus dans sa globalité mais en chacune de ses éléments*. La science juridique ainsi comprise n'a plus pour objet premier le réordonnement permanent des

concepts que lui fournissent les corpus textuels où le droit est censé s'incarner. Elle se voit désormais assigner un champ nouveau, appréhendé comme un espace de rapports sociaux précisément définis. Certes, la technique juridique héritée des traditions intellectuelles occidentales ne se voit pas soudain privée d'utilité. Elle reste indispensable au décodage des modalités d'expression que s'est données la norme dans le langage dominant d'une aire culturelle déterminée. Mais elle se voit en quelque sorte ramenée au statut d'une science auxiliaire. Elle est subordonnée à la démarche de mise à nu de ces rapports sociaux qui se situent désormais au cœur du champ juridique redéfini⁽²⁸⁾. Se profile de la sorte le moment où, dans des formules comme « sciences juridiques », « sciences économiques », « sciences sociales », le mot « sciences » pourrait commencer de revêtir pleinement le même sens.

Une révision du statut anthropologique de la norme

Il s'ensuit aussi que le problème sur lequel s'était ouvert le présent article se trouve en voie de solution. L'idée même de droit, a-t-on dit, est propre à l'Occident et se reconnaît malaisément dans toute autre culture. Or, il n'en va pas de même, c'est l'évidence, du système de concepts que forge au fil de son développement l'écrivain du Cap des Tempêtes. Le *jurème et l'*archème, l'*agent et l'*acolyte, la *demeure et l'*expectative, etc. se reconnaissent sans mal, en quelque contexte et en quelque aire culturelle que ce soit. Le langage du droit n'était pas universel, celui du champ juridique redéfini le devient. Voici les sciences juridiques gratifiées d'un appareil conceptuel apte à l'analyse de toute société humaine.

Mais au passage, une autre problématique cruciale de l'anthropologie de la norme se trouve elle aussi, sinon dénouée, du moins repensée et très différemment posée. Il s'agit du rapport entre l'individuel et le social comme totalité. Dans nos traditions intellectuelles, la « norme », même lorsqu'elle ne s'incarne pas dans des

(28) Par opposition à « droit », j'emploie ici « champ juridique » pour désigner l'ensemble des rapports sociaux mis en évidence par la « microscopie ». Il est vrai que la formule a déjà été utilisée par Pierre Bourdieu (« La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1986, pp. 3-19) dans une acception différente. Cependant, certaines convergences entre la pensée de Bourdieu et l'analyse critique de Lucien François me paraissent de nature à faire pardonner un emprunt qui pourrait passer sans elles pour un détournement.

textes, est toujours comprise comme le produit de la société dans son ensemble. Si cette position permet sans trop de mal de penser la transgression et la sanction, et même, par-delà, l'absence de sanction et la création d'espaces de tolérance, elle rend très difficile l'appréhension de l'ineffectivité pure. Comment rendre compte des situations fréquemment observées dans lesquelles des individus ou des groupes entiers se détournent de la prétendue norme, au point parfois de ne paraître plus s'en soucier, et sans en ressentir ni inconvénients ni troubles ? La norme, dans ce cas, est-elle encore la norme ? ou que signifie encore l'idée de norme ?

Dans l'histoire de l'anthropologie du XX^e siècle, ce problème est apparu en pleine lumière avec la réception du livre fondateur qu'a été *Les structures élémentaires de la parenté* de Claude Lévi-Strauss. La plupart des critiques que s'attirèrent les Structures élémentaires, au moment de leur publication, portaient précisément sur la question de l'effectivité. Lévi-Strauss avait fait la théorie des systèmes de parenté dans les sociétés sans écriture à partir des règles, souvent fort complexes, qui fixaient les interdits matrimoniaux et déterminaient les unions préférentielles. Mais ce qui, aux yeux d'un Edmund Leach par exemple, faisait de ce livre « un échec splendide », c'est que, dans bon nombre de sociétés, les règles en question n'étaient simplement pas observées. Les statistiques dont on disposait montraient que, parfois, seule une minorité étroite paraissait vraiment s'y conformer. Dans sa préface à la seconde édition des Structures Élémentaires, Lévi-Strauss écarta l'objection en faisant valoir qu'elle ne compromettrait pas l'herméneutique sociologique de la règle : « La question de savoir jusqu'à quel point et dans quelle proportion les membres d'une société donnée respectent la norme est intéressante, mais différente de celle de la place qu'il convient de faire à cette société dans une typologie »⁽⁶⁸⁾. Sa position fondait la possibilité d'une sociologie de la norme, rebaptisée à l'occasion « structure », indépendamment de la pratique sociale effective. Mais elle n'entraîna pas, tant s'en faut, l'adhésion unanime. Pierre Bourdieu, en particulier, fit retour sur la question pour montrer que la réponse de Lévi-Strauss revenait à annuler successivement les distantes entre la norme affirmée et la pratique effective, puis entre l'énoncé produit par l'observé et le modèle construit après coup par l'observateur, et enfin entre la norme consciemment affirmée par les

⁽⁶⁸⁾ C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, 2^e éd., Paris, 1967, p. XX.

sujets et l'inconsciente, à laquelle ils obéissent à leur insu⁽⁶⁹⁾. Bref à proposer à la sociologie un objet distinct du réel social. Bourdieu notait que la discussion ramenait en dernière analyse au problème du droit⁽⁷¹⁾. C'est pourquoy, révoquant en doute « les conditions de validité, peut-être jamais remplies, d'un tel langage, qui n'est autre que celui du droit »⁽⁷²⁾, Bourdieu assignait à la sociologie un objet plus complexe et autrement plus exigeant : distinguer la « parenté de représentation » de la « parenté pratique », rendre leur place à tous les réseaux des stratégies individuelles avant de risquer une interprétation globale.

Dans ce débat, les thèses du Cap des Tempêtes interviennent, si l'on veut, à l'appui de Bourdieu, mais en réalité pour inverser les termes du problème. Les rapports sociaux que saisit le microscope sont dans leur essence interindividuels. Tels sont le jurème, l'archème, les facteurs qui font instituer dans leur rôle l'agent et l'acolyte. Le passage au collectif s'opère par des phénomènes d'*aggrégation ou d'*agglutination, qui peuvent produire à l'occasion l'illusion d'un social global, mais, de cette illusion, la théorie n'est jamais dupe. Même dans les ordres juridiques les plus développés, comme le sont les États, le lien entre l'*imperator*, par qui le jurème devient effectif, et le sujet, appelé à s'y plier ou à l'enfreindre, est toujours en dernière instance un rapport entre individus. Le postulat de base de la sociologie, selon lequel une société est un être distinct des individus qui la composent et donc susceptible d'être étudié pour lui-même, n'est pas pour autant remis en cause. Mais en tant que les pratiques de cette société font norme, elles ne peuvent être comprises en dehors des liens interindividuels. Cette réappréciation de l'individu invite à relire d'un œil neuf les données accumulées jusqu'ici par l'histoire et l'anthropologie, autant que celles que les enquêtes à venir sont appelées à produire. Se dessinent ainsi des perspectives entièrement nouvelles dans l'approche des phénomènes normatifs.

⁽⁶⁹⁾ P. Bourdieu, *Le sens pratique*, Paris, 1980, pp. 64-66.

⁽⁷⁰⁾ « Peut-on donner, même implicitement, l'algorithme de la parenté », comme disait Malinowski, pour une théorie des pratiques de parenté et de la parenté 'pratique' sans postuler tacitement qu'il existe une relation déductive entre les noms de parenté et les 'attitudes de parenté' ? Et peut-on donner une signification anthropologique à cette relation sans postuler que les relations régulières et régulières entre les parents sont le produit de l'obéissance à des règles qui, bien qu'un dernier sorapule darkeheimien porte à les appeler 'jurales' (*juraz*) plutôt que juridiques ou légales, sont censées commander à la pratique à la façon des règles de droit ? » : *Ibid.*, pp. 272-273.

⁽⁷¹⁾ *Ibid.*

III. - LE MICROSCOPE À L'ÉPREUVE

Il n'en reste pas moins à s'interroger, en dernier lieu, sur la portée réelle de ces ouvertures. Quels profits le juriste, l'historien, l'anthropologue, chacun dans son domaine, est-il en droit d'en attendre ? Le microscope que nous tend Lucien François est un instrument d'analyse, fait d'une gamme de concepts et d'une méthode de mise en relation de ces concepts. Mais l'instrument tiendra-t-il ses promesses ? Est-il vraiment fiable ? Si oui, n'est-il pas perfectible ?

Commençons par souligner que l'usage que nous envisageons ici de l'instrument est largement indépendant du processus intellectuel qui a conduit à son élaboration. La microscopie du Cap des Tempêtes se situe entièrement sur le terrain de la théorie du droit. Les problématiques anciennes dans lesquelles elle s'enracine, comme celles, inédites, qu'elle invitent à développer, relèvent d'abord de cette discipline et on serait tout aussi fondé à penser qu'elles en relèvent exclusivement. La lecture de l'anthropologue n'est pas *a priori* la plus autorisée. Elle suppose même de sérieuses précautions. L'auteur lui-même nous en avertit incidemment. En évoquant la succession des étapes qui le conduit du jurème à l'État, Lucien François indique : « Est-il besoin de dire qu'en passant ainsi progressivement de figures élémentaires à des figures complexes, je n'entends nullement découvrir la genèse des États modernes ni, moins encore, retracer l'évolution parcourue depuis les sociétés archaïques » (p. 72). Sans doute. Il reste tout de même que, parmi ces étapes successives, quelques-unes, et des plus décisives (c'est le cas en particulier des chapitres 10 : l'archème, 11 : pluralité de sujets, 14 : l'État dans l'État), sont pensées à partir de cas de figure qui illustrent assez précisément la genèse de ce que les historiens nomment des seigneuries⁽⁶²⁾ : tous mettent en scène les rapports qui se nouent entre un individu ou un groupe producteur et un autre individu ou un autre groupe, qui se pose dans la position ambiguë d'un protecteur et d'un prédateur. Surtout, au-delà de ces convergences ponctuelles et déjà notables, l'ambition affichée de l'auteur est bien de donner une représentation du droit conforme au réel social et non plus à ce réel illusoire créé par les corpus de textes normatifs. Comment, dès lors, ne songerait-on pas à tester le modèle en « l'incarnant », c'est-à-dire en le détachant des figures abstraites

(62) Le mot est d'ailleurs employé à l'occasion : *Le cap des Tempêtes*, p. 255.

qui en dominent la construction pour le rapporter à ces sociétés concrètes et complexes qui sont la matière de l'historien et de l'anthropologue ?

Grilles de lecture pour un roman noir

Semblable opération se trouve aussitôt confrontée à la construction de type littéraire où l'auteur a choisi d'inscrire son exposé. Le corps de la théorie tient dans les chapitres 8 à 15, qui scandent la progression de l'occurrence minimale du jurème à l'État. Chacun de ces chapitres s'ouvre sur un ou plusieurs récits, baptisés « anecdotes », qui sont, nous dit leur créateur, « imaginés à la ressemblance de faits qui se produisent fréquemment ». « Il va de soi, ajoute-t-il, que de tels récits ne prouvent rien par eux-mêmes ; ce ne sont que des raccourcis commodes pour examiner des situations que tout le monde connaît » (p. 75). Ils ont donc en quelque sorte une fonction pédagogique. Sur cette technique d'exposé, Lucien François ne s'explique pas davantage, alors même qu'elle crée un effet de surprise, parfaitement déroutant pour un lecteur familier des ouvrages de droit en général et de théorie du droit en particulier.

En fait, si ce procédé d'écriture est rarissime dans la littérature juridique, il n'est pas tout à fait sans précédent. Au point d'origine de la formation de ce que j'ai appelé le droit-*ius* figure le Décret de Gratien, œuvre capitale dans la culture juridique médiévale, dont la composition vers 1120-1140 marquait l'avènement du droit canonique classique. Or la partie centrale du Décret de Gratien était caractérisée par trente-six *Causae*, récits imaginaires, eux aussi construits à des fins pédagogiques et autour desquels se nouait l'exposé. Peut-être le procédé devrait-il être rapproché des *exempla* des prédicateurs médiévaux, historiettes qui elles non plus « ne prouvaient rien par elles-mêmes », mais qui donnaient structure aux développements édifians de la pastorale qu'elles illustraient. Ce genre de commentaire, bien entendu, a des limites. Chez Gratien, la cause était également « un raccourci commode pour examiner des situations qu'au XII^e siècle tout le monde connaissait », mais elle servait à démarquer formellement le fait et le droit : la cause est la matière de fait, tandis que le droit qui leur est applicable tient dans l'exposé subséquent des normes canoniques (les *causoritates*) et du raisonnement interprétatif qu'elles suscitaient (les *dicta Gratiani* qui livrent le sens des normes). Chez Lucien François, l'anecdote livre en elle-

même les éléments du champ juridique redéfini. Cela dit, il n'est pas sans signification qu'à quelque neuf siècles de distance, deux auteurs, l'un qui instruit l'opposition systématique du fait et du droit, l'autre qui la détruit, aient fait choix de « styles » comparables — sans que, à l'évidence, le premier ait influencé en quelque façon le second.

Ce faisant, l'un et l'autre s'exposent à une critique qui est aussi une critique littéraire, au sens le plus large du terme et, bien entendu, abstraction faite de tout jugement d'ordre esthétique (*remoto iudicio aesthetico*). Comprendons que, comme les causes de Grégoire, les anecdotes de Lucien Français mettent en scène des personnages, qui composent une certaine société ou un certain monde (comme on parle du monde de Chrétien de Troyes, ou de Balzac, ou de Hergé); qu'elles reposent sur une action que déterminent des ressorts; que la récurrence de mêmes personnages dans des anecdotes différentes crée des effets d'intertextualité. En ce sens, lire le Cap des Tempêtes, ce n'est pas seulement s'interroger sur la pertinence d'une théorie, mais aussi, et sans doute à titre préalable, décoder des structures narratives enchevêtrées.

Or ce genre de lecture, qui est celle d'un historien de la littérature, mène aussitôt vers des conclusions fort instructives. Le monde du Cap des Tempêtes s'est extrait du temps historique : l'action se déroule dans un XX^e siècle indéterminé, manifestement en Europe, mais sans qu'il soit possible de préciser davantage. Le monde du Cap des Tempêtes est un monde masculin. La quasi-totalité des personnages sont des hommes; les rares femmes présentes, à une exception près sur laquelle on reviendra, ne jouent qu'un rôle très secondaire. C'est aussi un monde rationnel. Les personnages sont comme qu'ils sont doués, au contraire, de stupéfiantes capacités de calcul. Qu'il se voie menacé d'un coup de couteau ou qu'il reçoive un message lui faisant comprendre que sa vie pourrait être en jeu, un personnage du Cap des Tempêtes ne se met ni à hurler ni à suer, il ne cède ni à la frayeur, ni à la colère, ni au désespoir. Il se livre à des supputations sur les conséquences proches ou indirectes des comportements qu'il pourrait adopter, un peu comme le joueur d'échec s'efforce de prévoir à quelques coups de distance les suites d'un choix tactique. Enfin, ce monde de raison est aussi un monde passablement sombre. Lucien Français nous en a averti : en vue de montrer

que le juré peut être indifféremment mis au service d'une bonne ou d'une mauvaise cause, il a commencé par exposer de bons et de mauvais exemples. Puis, pour stimuler le regard critique, il choisit de ne plus retenir que les seconds :

« Pour mettre en évidence des mécanismes qui peuvent fonctionner avec ou sans justice, mais que l'esprit associe le plus souvent à l'action des États, elle-même associée le plus couramment au concept d'intérêt général, il m'a paru éclairant de faire utiliser ces mécanismes par le *bad man* dans la plupart des exemples dont je me sers pour les montrer. Il n'est pas indispensable pour la compréhension de la neutralité du juré de continuer, pour chaque figure nouvelle, à construire symétriquement (...) deux exemples servant à montrer, l'un, que le bon droit peut être du côté de l'émetteur, l'autre, qu'il peut être du côté du destinataire. » (p. 111)

Le *bad man* érigé ainsi en héros anonyme du livre est emprunté au juge Holmes. C'est celui qui, placé devant le caractère injuste ou illégal de l'action qu'il envisage, ne s'intéresse en fait qu'aux risques qu'il court à la commettre⁽⁶⁴⁾. Il est donc plus cynique et amoral que foncièrement mauvais, mais il est surtout calculateur, son côté calculateur lui évitant toutes sortes d'excès auxquels il serait sans doute porté s'il n'était que foncièrement mauvais. On a le sentiment d'assister à la genèse d'une sorte d'*homo juridicus*, être abstrait qui serait un parallèle de l'*homo oeconomicus* des sciences économiques. Ce dernier, comme on le sait, poursuit inlassablement la quête rationnelle d'une combinaison optimale du plus grand profit personnel assorti à la plus grande réduction possible des efforts consentis pour l'obtenir. L'*homo juridicus*, quant à lui, médite inlassablement sur l'art d'imposer sa volonté à autrui ou, au contraire, d'esquiver l'exposition à la volonté d'autrui ou d'évaluer les risques respectifs de l'obéissance et de la désobéissance. Il reste tout de même que l'irruption du *bad man* pour ainsi dire à chaque page finit par induire une assez triste vision de l'humanité. A de rares exceptions près, les personnages du Cap des Tempêtes recherchent le pouvoir ou les profits du pouvoir, ou ils cherchent au contraire à s'accommoder au mieux des exigences du pouvoir, sans jamais s'abandonner aux amours, aux haines ou aux idéaux. Il n'y a rien d'excessif ni de vraiment monstrueux, mais un climat général oppressant. Avouons-le : la première lecture produit sur le lecteur certains des effets d'un roman noir, elle est quelque peu déprimante. C'est pour-

⁽⁶⁴⁾ *Le cap des Tempêtes*, p. 94.

quoi lire le Cap des Tempêtes, c'est aussi accepter de subir cette impression, et faire l'effort de la surmonter ⁽⁶⁵⁾.

Aussi, le passage à l'historicité et à l'anthropologie ne consiste pas seulement à s'interroger sur la pertinence d'une série de concepts nouveaux. C'est également rendre à l'*homo juridicus* l'épaisseur de l'humain que la théorie lui a intentionnellement retirée. Il s'agit en somme de poursuivre les « exercices sur le jurème », dont l'auteur nous a fourni le prototype, sur d'autres terrains, dans l'univers sans limite des sociétés connues ou encore à connaître, de manière à éprouver le degré de pertinence et de fécondité du système. Est-il besoin de dire qu'une telle démarche peut au mieux être ici esquissée ?

Parmi les multiples questions que l'historien anthropologue est tenté de soulever, au lieu de rencontrer de la « microscopie » et de sa propre expérience, je n'en retiendrai ici que quelques-unes. Je choisis de les articuler autour des rapports entre droit et violence. Dans le monde du jurème, le recours à la violence n'est pas inéluctable mais il est courant; la violence s'expose d'ailleurs constamment, quoique sous des formes particulières, dans le cours des anecdotes. Elle fournit un fil conducteur commode qui permet de réunir certaines des principales questions que me paraît poser *Le cap des Tempêtes*.

La main-forte ou la violence au service du jurème

Le jurème, rappelons-en la définition, est « toute apparence, produite par un humain, du vœu d'obtenir une conduite humaine, apparence de vœu munie d'un dispositif tel que la résistance d'un des destinataires déclenche une pression en sens contraire par menace de sanction » ⁽⁶⁶⁾. Dans cette définition, où tous les mots portent, « menace » me paraît importer plus que « sanction ». En fait, la sanction ne vaut que par la menace, c'est-à-dire à l'état virtuel. Le destinataire du vœu impératif ressent d'autant plus la menace que l'auteur du vœu préférerait ne pas avoir à lui faire sentir la sanction. La première est toujours présente, immanente à l'appa-

⁽⁶⁵⁾ On lira sur ce point l'intervention de Pierre Corbot et la réponse de Lucien François dans le présent volume.

⁽⁶⁶⁾ *Le cap des Tempêtes*, p. 42.

rance de vœu, tandis que la seconde est facultative, différée et conditionnelle. Au reste, dans le climat oppressant qu'engendre la succession des anecdotes et des exemples, le poids permanent de la menace contribue à alourdir l'atmosphère plus que ne le ferait l'irruption des transgressions et des sanctions.

Virtuelle, la sanction ne laisse pas pour autant d'être indispensable. Elle peut être ou ne pas être violente. Les menaces de priver d'une récompense promise, ou d'interrompre des relations commerciales, qui ne reposent pas sur le recours à la violence, ne sont pas *a priori* moins efficaces que celles de tuer, d'emprisonner, de saisir ou de confisquer, qui supposent la coercition. Cependant, la menace d'employer la force bénéficie sur les autres d'une évidence primauté. D'abord parce qu'elle est ostensible. « [Je] mets souvent en scène [dans les anecdotes], écrit Lucien François, l'exhibition de la violence parce qu'elle est, de tous les ressorts du jurème, celui qui permet de mettre le plus aisément son mécanisme en évidence » (p. 75). Mais surtout la possibilité du recours à la force manifeste bien plus clairement que des moyens indirects la supériorité de l'émetteur du jurème sur le destinataire ou, pour employer des termes devenus dans le contexte équivalents, de l'*imperator* sur le sujet. Ainsi, la capacité de menacer d'un certain emploi de la force est un attribut, sinon nécessaire, du moins hautement significatif, des auteurs de jurèmes.

C'est pourquoi on peut se demander s'il ne conviendrait pas de créer, pour désigner cette capacité et cet attribut, un terme propre qui prendrait place dans le lexique du Cap des Tempêtes. A dire vrai, Lucien François lui-même nous suggère une solution. C'est l'expression « main-forte ». Elle n'est guère employée en français contemporain que dans des formules toutes faites où elle renvoie au concours prêté à l'exécution par la force. « J'avert avait réclamé main-forte à la Préfecture », écrivait Victor Hugo, cité par les dictionnaires. Si cette phrase se comprend sans mal, sans doute ne l'écrirait-on plus de nos jours, où seule semble survivre l'expression « prêter main-forte ». Lucien François l'emploie, comme aussi, dans le même sens, « tenir la main » : prêter un concours (sous-entendu, un concours fortement musclé) à ce qu'une décision devienne effec-

tive⁽⁶⁷⁾. Main-forte pourrait aussi bien, à l'image de main-d'œuvre, mainmise, mainmorte (ou, dans des états anciens de la langue, mainplévié, mainferme, etc.) devenir un substantif à part entière, qui désignerait l'exhibition ou l'emploi de la force destiné à ce qu'une action exigée soit effectivement accomplie. Pas plus que dans les cas de *demeure, *agent, *acolyte, etc. ce n'est faire violence à la langue française que de nommer main-forte cet instrument à la disposition de l'auteur du jurème qui lui permet de rendre sa menace crédible, lorsque l'exécution de la sanction suppose le recours à la force⁽⁶⁸⁾.

*De la main-forte à l'acolyte
et à la femme*

L'auteur du jurème que sanctionne la violence dispose donc de la main-forte. C'est le pistolet que brandit le bandit de Jean-Jacques Rousseau. C'est, dans les anecdotes de Lucien François, le fait que Valentin « paraît robuste » lorsqu'il entreprend énergiquement de faire se déplacer le malappris, ou que l'anonyme qui agresse Sébastien « tire soudain d'une poche un objet dont Sébastien ne peut que se demander si ce n'est pas une arme, un couteau par exemple »⁽⁶⁹⁾. Dans les trois cas, la main-forte est sans intermédiaire dans les mains, dans le corps ou dans les gestes de l'acteur. Mais il arrive aussi qu'elle repose sur l'intervention d'un tiers auxiliaire. C'est même pour ce cas particulier qu'est apparue l'expression « prêter main-forte », l'idée même de main-forte ne s'imposant jamais aussi clairement que lorsqu'elle se dessine comme un élément nettement distinct de l'émission de l'impératif qu'elle accompagne. Dans l'univers du Cap des Tempêtes, l'auteur d'un jurème peut s'appuyer, outre sa capacité personnelle de pression violente, sur la main-forte que lui procurent ses agents ou ses associés dans des cas de *coar-chémie. Mais il use aussi d'*acolytes. Ce dernier terme renvoie précisément à ceux qui n'ont pour fonction que de prêter main-forte. Là où l'*agent est habilité à transmettre les instructions du maître et

⁽⁶⁷⁾ « So monitor disposé à prêter main-forte est donc un mode de participation au jurème » (p. 51); « Les juges (...) ne sont rien si personne ne tient la main à l'exécution de leurs jugements » (p. 215); le chef « donne des ordres et tient la main à leur exécution » (p. 248), etc.

⁽⁶⁸⁾ Ce n'est même en réalité que revenir aux sources de l'expression « main-forte », comme le montrent les contextes d'emplois dans l'ancienne langue française, où elle était bien plus fréquente que de nos jours.

⁽⁶⁹⁾ *Le cap des Tempêtes*, p. 75.

à en créer de dérivées, avec une certaine latitude dans l'appréciation de leur portée, de la capacité des sujets d'y obéir, des modalités de cette obéissance, l'acolyte est un pur instrument : il se tient aux côtés de l'auteur du jurème avec pour seule tâche de donner effet à la menace si l'intéressé n'obtempérerait pas.

Bien entendu, la fonction de l'acolyte est relative. Elle se comprend à l'égard d'un jurème en particulier et de lui seul. Dans un jurème J, entre l'*imperator* I et le sujet S, un acolyte A intervient pour menacer de molester S s'il enfreint l'ordre. Mais rien n'est dit des conditions auxquelles I a obtenu les services de A. Il faut qu'il ait existé entre eux des rapports antérieurs, dont l'examen du jurème lui-même n'apprend rien⁽⁷⁰⁾. Sans doute, nul n'ignore que si un commissaire, flanqué de deux agents en tenue portant matrasques et menottes, intime à quelqu'un l'ordre de montrer ses papiers, les deux acolytes ont été institués auparavant dans leur rôle par une série de mécanismes où entrent en jeu principalement l'existence d'une fonction publique avec ses cadres, sa discipline, mais aussi ses traitements, son avancement, les avantages de sa retraite, et accessoirement une foule d'autres motivations qui peuvent être très diverses, conscientes ou même inconscientes. Mais, que l'on quitte l'univers du système juridique de l'État contemporain, et les conditions d'obtention de pareils services deviennent mystérieuses. Elles tiennent même du paradoxe puisque, en réalité, le possesseur de la main-forte est en position de domination effective tant à l'égard de l'auteur du jurème qu'à l'égard du destinataire. Sans lui, l'impératif ne serait qu'un vœu. Ce facteur subsiste d'ailleurs dans les ordres juridiques étatiques, même s'il y est moins visible : l'injonction du commissaire ne serait guère crédible sans la présence des agents en tenue. D'ailleurs « les juges (...) ne sont rien si personne ne tient la main à l'exécution de leurs jugements ou de leurs ordonnances »⁽⁷¹⁾. Le paradoxe du rôle de l'acolyte est donc qu'il se laisse instrumentaliser alors même qu'il se trouve par hypothèse en position de force. Autant le lecteur du Cap des Tempêtes comprend assez aisément qu'un agent devienne agent, puisqu'il tire un profit personnel

⁽⁷⁰⁾ « Peu importe que l'obéissance des [acolytes] soit l'effet d'un dévouement gratuit, d'une fidélité mercenaire ou de la conviction sincère d'avoir intérêt à faire confiance au chef et à prêter main-forte à tout ce qu'il ordonne. Un tel intérêt peut notamment provenir de ce que ceux qui prêtent appui de la sorte sont eux-mêmes destinataires d'un jurème qui le leur commande... » : *Le cap des Tempêtes*, p. 51.

⁽⁷¹⁾ *Le cap des Tempêtes*, p. 215.

des impératifs qu'il transmet ou énonce, autant il est en droit de s'interroger sur les conditions qui font qu'un acolyte est un acolyte.

Du point de vue de l'auteur du jurème, en quête d'un instrument à la fois très fort et totalement soumis, l'idéal serait en fait un animal domestique. Car l'animal est privé de cette conscience élémentaire de l'*homo juridicus*, qui lui permet de percevoir le contenu et les enjeux du jurème. Lucien François y a d'ailleurs songé, à partir de l'exemple du chien policier, qu'il présente comme en position intermédiaire entre l'instrument proprement dit, tel le pistolet que tient le bandit, et l'acolyte⁽⁷²⁾. Dans le même registre, il ne faudrait pas sous-estimer l'inventivité de l'espèce humaine. Dans l'Égypte pharaonique, la police des marchés utilisait des babouins dressés à poursuivre et à mordre les voleurs à la tire et à l'échalage. Les artistes égyptiens, reconnaissants envers ces valeureux gardiens de l'ordre social, nous en ont laissé des représentations qui livrent ainsi une sorte d'archétype du parfait acolyte.

Or, comment ne pas comprendre, une fois reconnu ce point de départ, que les sociétés anciennes aient pu glisser sans mal de l'animal à l'esclave? L'être humain qui se trouve au plus près, si l'on ose dire, des qualités ici attendues de l'animal est en effet celui qu'une capture récente a arraché à son ethnie d'origine, qui ne saisit pas ou saisit très mal la langue commune entre l'auteur et le destinataire du jurème et qui semble n'avoir pour seule voie de subsistance dans la société où il se trouve par force que l'obéissance aveugle à son maître. L'esclave fait un acolyte idéal. A Rome, les magistrats cheminaient précédés d'un cortège de licteurs, en fait des bourreaux porteurs d'un emblème non équivoque fait d'un faisceau de verges pour fustiger et d'une hache pour décapiter. La main-forte ici, ne se dissimulait pas, elle s'exposait, et le premier coup d'oeil donnait à voir à tout sujet de droit sur quoi reposait la réalité de l'*imperium*. Or les licteurs étaient eux-mêmes des affranchis qui commandaient à des milices d'esclaves publics, que les textes nomment les *limonici* (ceux que désigne leur pagne, le *limus*, qui crient les reins tout en laissant apparente la musculature du torse). En fait, l'émergence de ce qui constitue dans la culture occidentale la figure archétypale du juridique a contracté à l'égard de ces exécutants une dette que les historiens du droit sont loin d'avoir encore pleinement reconnue.

(72) *Le cas des Tempêtes*, p. 51.

Car l'histoire des polices et des milices serviles est encore peu étudiée. Cela tient à ce que l'historiographie et l'anthropologie de l'esclavage, par ailleurs fort prolifiques, se sont principalement déployées sur le terrain de l'économie. Elles ont surtout perçu dans l'esclave un agent de service et de production, sous-estimant la multiplicité des fonctions auxquelles se prêtait l'instrumentalisation de l'être humain⁽⁷³⁾. On a cherché du côté de la main-d'œuvre, alors qu'il n'eût pas été moins utile de chercher du côté de la main-forte. En fait, dans bon nombre des sociétés qui le pratiquent, l'esclavage est un facteur fondamental de la construction de l'ordre social. Certes, la docilité de l'instrument n'était pas indéfiniment garantie. Elle se fragilisait dans le long terme, lorsque le capital servile ne se renouvelait plus par des captures fréquentes et que l'exécutant, de mieux en mieux intégré à la société qu'il contribuait à soutenir, prenait conscience de sa force. La formation de l'État mamelouk d'Égypte, qui vit une milice servile s'installer durablement au pouvoir, représente un exemple typique d'inversion des rapports de gouvernement à exécutant. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas le moindre intérêt de l'approche de la norme que propose le Cap des Tempêtes que de déplacer le regard des dirigeants et des dirigés vers les exécutants. L'histoire et l'anthropologie du droit ont bien des renouvellements à attendre de la découverte de ce continent pratiquement encore inexploré.

On ne permettra d'ajouter qu'il faut en attendre des progrès semblables dans l'appréhension de la condition féminine, laquelle se trouve ici, de manière surprenante au premier abord mais néanmoins parfaitement logique, contiguë à celle de l'exécutant. La femme ne détient pas ou ne détient qu'exceptionnellement la main-forte. Elle ne peut pas, comme Valentin, « paraître robuste ». Si comme l'agresseur de Sébastien, elle tire de sa poche un objet qui peut passer pour une arme, « un couteau par exemple », il est douteux qu'elle crée de ce fait une menace crédible. Il lui faudrait au moins tenir le pistolet du bandit de Rousseau pour y accéder : elle est donc tributaire du progrès technique qui réduit l'importance de la force physique et encore dans ce cas seuls les degrés extrêmes de la violence lui sont-ils accessibles, alors que les violences moyennes, souvent les plus

(73) Des travaux récents renouvellent cependant le thème en l'élargissant. C'est notamment le cas, sur le terrain de la sociologie comparée, d'A. TERNIER, « L'esclavage comme institution », *L'homme*, 145(1998), pp. 31-69; *Id.*, « Pourquoi la condition de l'esclave s'améliore-t-elle en régime despotique? », *Revue française de sociologie*, 39(1998), pp. 3-38.

efficaces, lui échappent. De ce point de vue, la distribution des rares rôles féminins dans les anecdotes du Cap des Tempêtes est révélatrice. Voici d'abord la vieille dame de la file d'attente, qu'un malotru dépasse sans ménagement. Elle ne peut guère que se plaindre et compter sur l'appui des autres personnes présentes pour récupérer sa place (p. 189). Voici ensuite la fille d'une victime du gourou de la secte qui, désespérée par la mort de son père, poignarde le gourou (p. 190). Elle a usé de violence assurément, et même d'une violence extrême, mais c'est une violence non jurémique. Le coup de poignard ne venait à l'appui d'aucune menace antérieure. Une telle menace eût-elle existé que la jeune femme n'aurait sans doute pu la rendre crédible. Voici enfin et surtout la jeune fille de l'anecdote du dernier chapitre (à dire vrai le seul personnage féminin qui ait quelque consistance) : elle s'entretient ingénument avec son père de l'opportunité de respecter un règlement interdisant de marcher sur les pelouses (p. 271). Que la seule parole féminine qui se fasse entendre intervienne précisément pour conseiller la désobéissance me semble évoquer d'étranges résonances. Derrière elle se profilent de grandes figures mythiques, une Ève, une Antigone... Pourquoi, lorsqu'il s'agit d'inciter à la désobéissance, que celle-ci soit prise en bonne ou en mauvaise part, passe-t-on si volontiers par la parole d'une femme? La trame des anecdotes du Cap des Tempêtes renoue par là avec d'évidentes constantes littéraires. Du moins la théorie donne-t-elle dans ce cas une clef d'explication. La femme a une intelligence aigüe des enjeux du jurème, mais elle n'a pas sur lui de prise directe. Elle peut en être spectatrice ou sujette, mais non auteur ou, plus exactement, elle ne peut accéder au rang d'auteur qu'en recourant à la main-forte de tiers, qu'il lui faudra souvent bien des efforts pour convaincre. C'est pourquoi ses interventions dans le message verbal, les justifications et les contestations de la norme paraissent si pertinentes, alors que, pris dans son entier, le mécanisme normatif élémentaire lui échappe.

En somme, dans le jeu des rapports sociaux qu'expose le Cap des Tempêtes, l'acolyte et la femme interprètent deux rôles strictement exclusifs et complémentaires, un peu comme sur l'échiquier le fou et la tour balaient tout l'espace, mais dans des axes différents que ni l'un ni l'autre ne peuvent combiner. L'acolyte, sauf à quitter sa condition d'acolyte, oblitère les fonctions de discrimination et de calcul qui feraient de lui un *homo juridicus* à part entière, sujet mais

aussi auteur de jurèmes, agent ou associé. Il ne lui reste que la main-forte, qu'il abandonne aveuglément à autrui. La femme au contraire, sans jamais pouvoir se déprendre de sa condition de femme, exerce toutes les capacités intellectuelles et volitives dont est privé l'acolyte, mais il lui manque précisément la main-forte. Il y a dans ce simple constat l'ébauche d'une nouvelle histoire de ce tout complexe que compose la « capacité juridique ». D'une nouvelle grille de lecture applicable à pas mal de normes déroutantes que recèlent les législations des sociétés anciennes où les usages recueillis par l'ethnologue.

*Aux limites du système ? les « convictions normatives »
et l'« homodoxie »*

Abandonnons un moment, avant de le retrouver bientôt, le fil d'Ariane de la violence, pour remonter à la source du jurème. Le vœu impératif émis par un individu à la destination d'un autre traduit communément un désir ou un intérêt. Mais il arrive non moins fréquemment qu'il procède aussi d'une conviction de l'auteur sur ce qu'il est juste, bon ou simplement opportun de faire, que ce soit pour des raisons morales, religieuses ou philosophiques, ou encore parce que « cela se fait », c'est-à-dire parce qu'il réproverait pour des raisons plus ou moins conscientes ou plus ou moins obscures une altération des comportements usuels. Le jurème exprime donc dans ce cas une « conviction normative ». En outre, le fait qu'au sein d'une même société un bon nombre de personnes partage la même conviction érige cette conviction en « homodoxie » et fait de ses adeptes des « homodoxes ». Ainsi, au fil de l'histoire, des foules d'homodoxes ont imposé l'idée que le dimanche doit être un jour chômé, ou qu'une jeune fille ne peut sortir seule le soir, et quantité d'autres choses encore.

Dans le développement du Cap des Tempêtes, « convictions normatives » et « homodoxies » reviennent à chaque étape de la genèse et de la complexification du droit. Elles sont présentes dès les occurrences minimales du jurème. Ainsi, les règles de grammaire, les règles des jeux, les usages et les mœurs, qui ne constituent pas en soi des jurèmes, n'en fournissent pas moins à différents types de jurèmes des « contenus préconstitués », ce qui explique nombre d'effets d'homogénéité, même dans des sociétés que ne gouverne pas un pouvoir fortement structuré... « Aussi [les usages] semblent-ils régir

presque tout dans une société archaïque » (p. 87). L'homodoxie est essentielle dans la formation des « cercles d'exigence mutuelle (ch. 13) : les règles ordinairement suivies dans les files d'attente ne s'expliquent que par la conviction commune que chacun doit y occuper un rang qui correspond au moment de son arrivée. Elle n'est pas moins capitale dans la stabilité et l'effectivité d'un ordre juridique permanent et très élaboré comme celui de l'État. L'État est un *agrégat qui ne subsiste en dernière instance, et dont les normes ne sont effectivement respectées, que par des convergences récurrentes d'homodoxies : « l'auteur suprême [de la constitution, de la loi ou du règlement], s'il y en a un, n'est qu'un ensemble de groupes d'homodoxes » (p. 290).

Ici se trouve, à mon sens, le lieu d'une des objections les plus pertinentes que l'on puisse soulever contre le système du Cap des Tempêtes. Nombre de théories du droit qui, au rebours du positivisme, se refusent à séparer légitimité et juridicité, avancent que pour être juridique, une règle doit être tenue pour légitime par les sujets appelés à y obéir. C'est ce que l'on appelle le *Rechtsgefühl* (le « sentiment » diffus et répandu qu'une règle est respectable) ou l'encore l'« obligatorité » reconnue par les sujets à la règle de droit. C'est ce que les théoriciens médiévaux de la coutume nommaient déjà le *consensus omnium* ou encore l'*opinio necessitatis*, au nom de quoi, parmi les pratiques usuelles d'une société, seules accèdent à l'état juridique et peuvent engendrer des obligations celles qui sont unanimement approuvées et reconnues impératives. En conférant aux convictions normatives et aux homodoxies la place qu'il leur ménage, Lucien François n'a-t-il pas en réalité réintroduit par un autre biais cette légitimité dont il entendait se défaire ?

Certes, l'objection appelle aussitôt des réponses que l'on peut devancer. Les convictions normatives du Cap des Tempêtes ne sont pas des valeurs en soi mais des faits de société. Aucune différence ne peut être faite entre la conviction qu'un « homme d'honneur » (comprendons : un mafieux) se doit de respecter la loi du silence lorsqu'il est interrogé par un agent de l'État et celles (infiniment plus respectables d'un point de vue moral) qu'il faut donner le plus large effet aux règles protectrices de l'environnement, ou qui visent à garantir l'égalité des sexes, etc. En outre l'homodoxie, pour être efficace, ne doit pas être le fait de tous, et même pas de ceux qui obéissent, mais de ceux qui font obéir. C'est le point le plus impor-

tant et le plus neuf, car il dissipe ce que l'idée de légitimité, même lorsqu'elle est ramenée à un fait de société, comporte encore de chi-mérique. Enfin, bien entendu, le jurème ou l'archème qui ne repose sur aucune de ces convictions normatives préconstituées n'en conserve pas moins tous les attributs de la juridicité.

Il reste cependant que, lorsque l'on s'efforce, comme je le tente ici, de définir les conditions d'emploi du microscope en dehors de la théorie pure, l'omniprésence de convictions individuelles qui correspondent à des modèles sociaux fait lever un doute sur la portée réelle des innovations escomptées. Revenons un moment à l'anthropologie des structures élémentaires de la parenté. Reprenons l'exemple simple et classique d'une société de chasseurs-cueilleurs qui se divise en deux moitiés ou « clans », respectivement de l'Aigle et du Corbeau, et qui prohibe strictement les relations sexuelles entre partenaires de la même moitié. La société étant acéphale (c'est-à-dire dépourvue de « chefs » ou de « prêtres », autant que d'esclaves, de soldats ou de policiers), il n'existe ni pouvoir pour garantir la norme ni juge pour l'interpréter. La « norme » (ou encore le « modèle », la « structure », etc.) ne repose donc que sur des « jurèmes homonomes » (*Cap des Tempêtes*, p. 84), c'est-à-dire de contenu identique, émanés des intéressés eux-mêmes et qui, de génération en génération, assurent le respect et la reproduction du système. Certes, nous sommes à présent mieux préparés à rendre compte des espaces et des temps d'ineffectivité : ils tiennent aux fléchissements des convictions normatives individuelles et surtout aux aléas de la main-forte, qu'il faut reconstituer au cas par cas, à chaque menace de transgression ou à chaque transgression consommée⁽⁷⁴⁾. Mais ce qui devient à présent surprenant, c'est tout à l'inverse l'existence de la règle elle-même ou, si l'on veut, de l'homodoxie. Sur la façon dont s'est formée et dont se reproduit la conviction qu'un homme de l'Aigle ne peut avoir de relations qu'avec une femme du Corbeau, et réciproquement, nous n'avons pas fait un pas en avant. Nous voici ramenés au problème en l'état où l'avaient laissé Claude Lévi-Strauss et ses contradicteurs.

A ce stade, deux voies sont ouvertes à la réflexion. On peut penser, d'abord, que l'on atteint simplement une limite indépassable du système. Construit pour éclairer les modes de fonctionnement de la

(74) Voir en particulier les exemples de transgression résumés cités par A. TESSIER, « Le droit aborigène australien », *op. cit.* (n. 56), pp. 14-15.

norme, il n'a rien à apprendre sur son contenu, dont l'investigation relève d'autres approches. Mais on peut se demander aussi si, simplement, il ne fait pas encore aux convictions normatives et aux homodoxies une place trop grande. Un complément d'analyse ne conduirait-elle pas à la faire reculer ?

C'est cette seconde voie que je voudrais ouvrir ici. Certes, la microscopie du droit ne peut prétendre tout expliquer des comportements de ceux qui émettent ou reçoivent des jurèmes. Mais elle entend d'étudier l'impératif dans ses formes et, sur ce terrain, elle invite à prolonger l'analyse aussi loin que possible. Le jurème associe deux éléments, apparence de vœu et menace de sanction. Le premier des deux est un acte de communication : il postule sinon une langue commune, du moins un langage commun entre émetteur et destinataire. Avant même d'être déterminé par d'éventuelles convictions morales, le jurème l'a donc été par des mots et des gestes, par un code de communication antérieur à son émission, culturellement construit, et qui constitue ici la forme d'articulation la plus incontestable de l'individuel et du social. Entre l'étude de la mécanique du jurème et celle des convictions qui peuvent contribuer à le façonner, viendra donc s'intercaler, par nécessité, une sémilogie de la communication impérative dont nous n'apercevons pas encore jusqu'où elle pourrait conduire. En outre, des observations similaires peuvent s'appliquer au second des deux éléments, la menace de sanction. Pour être efficace, celle-ci doit être crédible, c'est-à-dire qu'il lui faut correspondre dans le psychisme du destinataire à certaines représentations de la menace et de la sanction. A nouveau, ces représentations ne peuvent être qu'antérieures à l'émission du jurème. Elles sont liées à l'expérience personnelle du sujet et, pour partie au moins, elles sont elles aussi construites par la culture. Il existe donc, du social à l'individuel, des modes d'articulation qui ne tiennent pas nécessairement à des convictions morales communes et dont l'étude mérite d'être systématiquement entreprise.

Dans ces questions immenses, je souhaiterais pénétrer cursivement en reprenant le fil conducteur de la violence. La main-forte, on l'a vu, est une menace crédible en ce qu'elle crée un risque. Mais cette menace et ce risque ne sont pas indépendants des autres facteurs de la vie humaine. Ils viennent en concurrence avec une foule d'autres risques entre lesquels le sujet est appelé à faire des choix.

Tantôt les risques extérieurs à la main-forte cumulent avec elle leurs effets pour conduire le sujet vers le comportement attendu de lui par le pouvoir, tantôt ils exercent une pression dissuasive en sens inverse et ils affectent en conséquence la crédibilité de la menace. Ces phénomènes de convergence et de divergence brouillent le fonctionnement du jurème en ses deux éléments. D'abord en ce qu'ils accroissent ou réduisent l'efficacité du dispositif de pression. Mais ensuite en ce qu'ils présentent aussi sur les « convictions normatives » des acteurs, dont on peut s'attendre à ce qu'elles ne soient pas davantage indépendantes de l'appréhension globale des risques. Ces problèmes n'ont pas été abordés par le Cap des Tempêtes. Pour autant, leur traitement est indispensable au passage à l'anthropologie.

De la convergence des dissuasions à l'équivoque des convictions

Il arrive fréquemment qu'une norme juridique se confonde plus ou moins parfaitement avec une norme technique, entendons une règle, reposant sur un savoir empirique ou scientifique, qui définit le mode opératoire le plus efficace d'action sur le réel. Dans ce cas, la conduite déviant est doublement sanctionnée. Elle l'est par le dispositif de pression mis en place par le pouvoir qui l'institue comme juridique. Mais elle l'est en même temps par la probabilité d'échec ou de vicissitudes inhérente à l'adoption de modes opératoires différents. A exprimer les choses dans les termes de la psychologie behavioriste, on dirait que la sanction juridiquement organisée est un « renforcement négatif », défini comme l'occurrence d'un événement qui diminue les probabilités d'émission d'une conduite. Mais en cela, elle n'est pas seule. Elle vient en concours avec d'autres renforcements négatifs, dont la prévision ne pèse pas moins sur la conscience du sujet dans l'évaluation des conséquences.

De ces phénomènes de convergence, les droits actuels donnent de nombreux exemples, parmi lesquels un des plus simples est celui du Code de la route. Si les règles en sont globalement respectées, avec les écarts que l'on sait, c'est en raison de la peur du gendarme, certes, mais aussi et probablement bien davantage encore en considération des dangers de l'incartade. Lorsque le fauteur d'un accident subit la réprobation de ses proches, c'est d'ailleurs au malade droit plus qu'au transgresseur que celle-ci s'adresse. Ici, les convic-

tions normatives sur ce qu'il est juste de faire ou de ne pas faire s'entremettent de manière inextricable avec une foule de convictions prédictives nées des savoirs empiriques que détermine l'état technique d'une société.

On notera au passage que ces imbrications ramènent à ce qui fut apparemment le champ sémantique premier du mot français « droit », dont on a déjà dit qu'il tendait à rapprocher normes juridiques et normes techniques. Sans doute faudrait-il reconsidérer sous cet angle d'autres éléments d'un ancien lexique de la norme que l'émergence du droit-*jus* a contribué à estomper. Les langues populaires médiévales ont désigné par le français « sens » ou l'allemand *Weistum* des règles de droit privé dit coutumier, c'est-à-dire indépendantes du droit savant : ce sens ou cette sagesse était un ensemble insécable constitué de l'expérience pratique et des morales établies⁽⁷⁵⁾.

Quoi qu'il en soit, le genre d'observation que suggère la circulation routière vaut pour un grand nombre de conduites humaines. Lorsqu'il se pose sur elles, le microscope peine à discerner ces éléments purs que sont la conviction normative ou la menace de sanction. Il lui faut s'adapter pour prendre aussi en compte des dissensions externes et des convictions équivoques, qui se trouvent à l'œuvre en même temps que les mécanismes proprement juridiques.

Ce type d'analyse mériterait un développement particulier dans l'examen des comportements qui supposent l'emploi de la violence et entraînent l'imminence du danger. Dans nos sociétés, la conduite automobile est de celle-là. Lorsqu'on la lui applique, une formule comme « violence routière » n'est pas purement polémique. Elle signale qu'à l'intérieur du monde occidental, la route a pris une part de la place qu'occupaient autrefois (et qu'occupent toujours en d'autres sociétés) des conduites agressives et dangereuses où se jouaient chaque jour la vie et la mort des hommes. Telles furent entre autres la chasse, la guerre et la vengeance. Ces activités, dit-

(75) Le sens commun qui impose de « ne pas mettre la charrue avant les bœufs » n'était pas ressenti comme différent de celui qui commande de « mettre l'église au milieu du village », quoique la conviction normative ne soit pleinement apparue que dans le second cas, puisqu'un village sans église ne serait pas inconcevable. L'idée de sens sert au français médiéval à penser l'anormal et de l'anormal, ce dernier désigné comme le fou/insensé, qui se détourne aussi bien des logiques pratiques de la charrue que du clocher de son village : R. JACOB, « Le fauseux et les grelots. Figures du baron et du fou dans l'imaginaire médiéval », *Droit et Cultures*, 41(2001), pp. 65-99.

on, sont régies par des « lois », mais il existe aussi un art de la chasse, un art de la guerre... La régulation des comportements des chasseurs, des vengeurs et des guerriers tient à un de ces mélanges inextricables de normes sociales et de normes opératoires.

Il paraîtra peut-être étrange que l'on mette ici la chasse sur le même pied que la guerre et la vengeance. C'est que la chasse, violence première et extraspécifique, a probablement été la matrice des deux autres. Ce fut, dans l'histoire de l'humanité, dont elle assura seule la subsistance pendant des millénaires, le premier apprentissage des armes, la première école de la violence et en même temps de la norme. C'était une activité exclusivement masculine, les femmes en étant toujours écartées⁽⁷⁶⁾. C'était une activité collective, car la chasse solitaire est peu efficace. Elle supposait de la part du groupe des chasseurs une forte cohésion, dont dépendait la survie de chacun. Les « lois » de la chasse ont été fort inégalement prospectées. Ce qui se rapporte aux mythes, aux rites, au partage du gibier a été relativement bien étudié. Techniques et pratiques de chasse sont en revanche moins bien connues. Au milieu du XX^e siècle, les ethnologues qui auraient pu suivre les dernières grandes chasses organisées dans des conditions proches du paléolithique se découvrirent fréquemment incapables des performances physiques qui étaient le pain quotidien des chasseurs. C'est pourtant aux moments critiques de la poursuite et de la prise que se nouaient, entre chasseurs et gibier, mais aussi parmi les chasseurs eux-mêmes, des enjeux de vie et de mort. A l'occasion, la chasse pouvait servir à sanctionner la norme sociale ou à régler des différends internes, à travers l'accident de chasse survenu opportunément ou encore la mise à l'écart d'un individu jugé dangereux ou improductif. Ce fut là sans doute le creuset des premiers « cercles d'exigence mutuelle en même temps que l'apprentissage des techniques d'application de la violence. Donc le paradigme de tout usage de la violence, y compris lorsqu'elle se retourne vers d'autres êtres humains.

(76) A. THESPERT, *Essai sur les fondements de la division sexuelle du travail chez les chasseurs-cueilleurs*, Paris, 1986.

*Jurème et violences non jurémiques :
pour une anthropologie de la contrainte*

Le Cap des Tempêtes, qui n'évoque que rarement le problème du droit dans les sociétés archaïques, consacre un bref passage à la vengeance. Le devoir de vengeance, qui s'impose à l'homme dont le clan vient d'être victime d'un homicide, est analysé lui aussi comme le fruit d'une « homodoxie préconstituée et latente ».

« Dans les sociétés où il n'existe pas d'autorité centralisée, tout est régi sur la base de ces modèles de conduite diffus qui restent latents jusqu'au jour où un incident provoque un nombre plus ou moins élevé d'individus à s'y référer, en émettant des jurèmes ou des messages constituants parallèles, souvent même en se coalisant pour les émettre. C'est ainsi que dans l'Arabie préislamique, selon M. M. Rodinson, « l'homicide entraînait des conséquences graves selon la loi non écrite du désert... Aucun État n'existait pour imposer avec l'appui d'une force de police des règles qu'il aurait édictées. La seule protection de la vie de chacun était la certitude, que donnait la coutume, qu'elle serait chèrement payée... Une honte ineffaçable s'attachait au vengeur désigné par les usages, qui laisserait vivre un homicide. La vendetta, en arabe *lâ'ar*, est un des piliers de la société bédoûne » [M. Rodinson, *Médomet*, Paris, 1961, p. 34] (...) Dans un tel système, d'autant plus stables que personne n'est spécialement habilité à les changer : les seuls événements qui soient de nature à les faire évoluer sont ceux qui impressionnent en même temps et dans le même sens le plus grand nombre. De plus, il faut que ces modèles soient présents à la plupart des esprits, ce qui suppose qu'ils restent simples, surtout si les occasions de les appliquer ne se présentent pas souvent aux mémoires (...) » (p. 211)

Certes, les sociétés à vengeance développent des codes de l'honneur qui correspondent à la description qu'en donne Maxime Rodinson, après beaucoup d'autres. Mais la présentation sommaire de l'éminent orientaliste repose sur des préjugés, sans doute courants dans une certaine histoire du droit qui a vu les choses de loin, mais qui n'en sont pas moins contestables. Elle suppose 1) qu'un « droit non écrit » protège la vie humaine, tenue *a priori* pour sacrée, en interdisant l'homicide, 2) qu'à défaut d'État, la vengeance fonctionne comme un ersatz de sanction de cette règle. A la réflexion, ces préjugés ne sont pas très différents de certaines des illusions que dénonce le Cap des Tempêtes, par exemple celle que crée un pouvoir en déclarant qu'il permet ce que de toute façon il ne pourrait interdire (77). Ici, ce n'est même pas à un pouvoir effectif, mais à un pouvoir putatif, un « droit non écrit », construit dépendant à l'image du

(77) *Le cap des Tempêtes*, p. 127.

notre, que l'historien prête l'interdit de l'homicide, interdit fort étrange puisqu'il trouve sa sanction dans la consécration du droit de tuer. En fait, une anthropologie et une historiographie plus approfondies de la vengeance montrent que sa réalité était tout autre (78). Au vrai, l'homicide n'est ni interdit ni recommandé, mais il est couramment pratiqué et couramment vengé. La vengeance relançant indéfiniment la pratique du meurtre, les différents clans ou tribus entretiennent entre eux des « cycles vindicatoires » qui tendent à se perpétuer à travers les générations. L'homicide n'est donc pas un événement rare, qui ferait se réactiver à chaque cas la mémoire du devoir de vengeance, mais un événement courant : chaque groupe a de manière plus ou moins permanente un homicide à venger. En outre, le vengeur ne « punit » pas un meurtrier. Il exécute simplement la vengeance sur un membre du clan ennemi. La « cible » n'est pas nécessairement l'auteur du crime (lequel est fréquemment inconnu), mais sera souvent un personnage de rang équivalent à la victime vengée. La vengeance n'est donc pas en soi une violence jurémique. La victime du vengeur subit son sort sans pouvoir y échapper par l'obéissance à quelque impératif (tout comme la victime militaire ou civile d'un bombardement doit son sort à l'État bombardé mais ne saurait s'y soustraire par une quelconque allégeance à l'État bombardeur). Quant au vengeur, il est assurément l'objet, à l'égard du devoir de vengeance, d'une pression des hommes et des femmes de son clan, pression dont l'intensité est d'ailleurs très variable selon les circonstances — et en outre parfois réversible : on pourrait choisir de ne pas venger le mort et retourner vers lui la menace du déshonneur. Mais cette pression, par la crainte d'un « déshonneur ineffable », intervient dans sa décision en concurrence avec une foule de supputations sur les effets prévisibles de la vengeance ou de l'absence de vengeance. Quels risques prend-on à tuer ? comment les mettre en balance avec ceux que l'on prendrait à ne pas tuer ? quelles conséquences faut-il en attendre de la part des hommes et des femmes de son clan, ou du clan ennemi, ou des tiers ?

Il est probable que le vengeur soit lui aussi un *homo jurémicus*, fort rationnel et fort calculateur, mais on peut douter que les pressions jurémiques soient les éléments qui pèsent le plus dans sa déci-

(78) Cf. o.a. les études rassemblées par R. VERDIER, *La vengeance. Études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, 4 vol., Paris, 1981-1986.

sion. Pour tout dire, on peut même douter qu'il ait le sentiment d'obéir à quelqu'un, voire aux règles abstraites d'un « code de l'honneur ». La « conviction normative » qui veut que tout meurtrier soit vengé est aussi une conviction prédictive, qui évalue les conséquences du risque de tuer ou de laisser la violence sans réponse. Il s'ensuit une sorte de paradoxe dans les rapports de l'individuel et du social. A chaque décision concrète, l'individu se trouve devant un large spectre d'options stratégiques et tactiques, il joint d'une part d'autonomie bien plus grande que ne le présente souvent le discours des sciences humaines. C'est précisément sur cette autonomie que reposent les ressorts d'une littérature tragique comme celle des sagas d'Islande : le devoir de vengeance place l'individu devant des choix dramatiques dont l'issue n'est jamais assurée. Mais à l'égard de l'idée de sens commun qu'en principe, tout meurtrier est destiné à être vengé, son autonomie est au contraire pratiquement nulle. C'est que cette exigence s'impose moins comme un choix normatif que comme le produit de l'expérience, comme l'idée qu'un chien qui a mordu, un bœuf qui a corné ne peuvent être laissés en vie. La pratique récurrente des cycles vindicatifs conforte l'expérience et entretient la conviction. C'est pourquoi l'irruption d'un pouvoir étatique, qui offrirait au traitement de l'homicide des solutions alternatives, ne ferait pas disparaître cette conviction par le seul effet d'un traitement pédagogique approprié. Les exemples de la Corse, de la Sardaigne et de la Sicile, plus récemment des sociétés albanaises ou caennaises, à quoi il faudrait ajouter bien d'autres moins connus, montrent que la vengeance ne peut disparaître qu'au terme de processus de très longue haleine. C'est que la conviction ne tient ici ni à une « coutume », ni à un sens de l'honneur exacerbé, ni à une mémoire collective, ni à des jurèmes homonomes, mais à une expérience pratique de la violence que l'ordre étatique, avec sa prétention à l'interdire que démentent fréquemment ses faiblesses et ses ineffectivités, ne parvient ni à éradiquer ni à rendre obsolète.

De la vengeance, on peut rapprocher la guerre. A dire vrai, dans nombre de sociétés archaïques, ces deux formes de violence tendent à se confondre et il arrive même qu'elles se confondent parfaitement. Dans ses formes primitives, la guerre n'est à tout prendre qu'une chasse dont l'objet s'est déplacé ou une vengeance dont

l'exercice est collectif⁽⁷⁹⁾. Lorsqu'elle est déclenchée avec pour but la chasse aux têtes, ou aux scalps, ou la capture d'ennemis destinés à être mangés, ou la prise d'esclaves ou la razzia des troupeaux, ou encore lorsqu'elle venge une mort en réalité naturelle, mais attribuée par la croyance aux sortilèges d'un groupe ennemi, elle se trouve bien loin des formes rationalisées qu'ont pu théoriser un Sun Tzu ou un Clausewitz. Il est d'ailleurs vraisemblable que l'irrationnel figure au cœur de toute guerre, y compris dans ses avatars les plus modernes. L'irrationnel collectif n'en coexiste pas moins avec la rationalité dont chaque individu pris dans de tels engrenages demeure parfaitement capable, à quelque époque et dans quelque contexte que ce soit.

Sur la guerre et la vengeance, les connaissances accumulées par l'anthropologie sont plus inégales encore qu'elles ne le sont sur la chasse. Aucun ethnologue n'a jamais pu suivre une razzia, une expédition de vengeance, assister à un homicide, aux rites du cannibalisme ou du sacrifice humain. L'information est presque entièrement tributaire de la mémoire des acteurs, fatalement déformante et d'autant plus déformée qu'elle est destinée à l'Occidental. Dans l'ensemble, la violence est toujours plus ou moins édulcorée. Dans ces non-dits, ces réticences ou ces dissimulations, il entre un ethnocentrisme occidental dont les ressorts ne sont pas différents de ceux qui poussent à voir de la justice dans toute forme de droit : l'esprit répugne à admettre ce qui contredit trop radicalement ses valeurs.

Quoi qu'il en soit, la construction et le fonctionnement de la main-forte, violence contrôlée, mesurée et différée, ne peut se comprendre que dans le contexte global des pratiques violentes. Comment mettre en place des dispositifs de pression crédibles lorsqu'ils s'adressent à des individus sans cesse confrontés à des pressions et des risques dont l'intensité paraît incalculable ? Ainsi formulée, la question n'a pas encore été posée et la littérature anthropologique ne semble pas fournir d'éléments de réponse. Je ne permettrais cependant d'attirer l'attention sur le rôle des rituels d'initiation. A l'inverse des pratiques violentes, souvent mal connues, c'est là un champ classique de l'anthropologie, qui a livré une masse de données considérable. Que par son contenu, le rituel initiatique réa-

⁽⁷⁹⁾ Voir maintenant le numéro de *Droit et Cultures*, 45 (2003) sur l'anthropologie et l'histoire du droit de la guerre.

lise une socialisation de l'individu à la norme est une réalité clairement reconnue. On s'est moins interrogé sur les violences qui accompagnent l'initiation et sur leur rôle. En fait, il semblerait que leur intensité varie en proportion inverse du degré de développement du pouvoir. Plus on se rapproche de l'acéphalie parfaite d'un groupe de chasseurs-cueilleurs nomades et plus grande est la souffrance infligée à l'initié ou à l'initiateur; plus on s'en éloigne et plus l'intensité des violences initiatiques décroît⁽⁸⁰⁾. En outre, on a pu parfois s'étonner que la sanction d'une transgression des interdits, des interdits sexuels par exemple, soit souvent la simple reproduction sur le corps du délinquant des violences rituelles qu'il a subies lors de l'initiation⁽⁸¹⁾. Le verbe français châtier, du latin *castigare*, signifie étymologiquement rendre *castus*, pur, donc purifier, et on a pu rapprocher, dans le monde gréco-romain, la pratique des fustigations punitives et celle des fustigations initiatiques⁽⁸²⁾. A la lumière des considérations qui précèdent, ces données paraissent moins surprenantes. Elles fournissent peut-être même une ébauche de réponse à l'interrogation à laquelle mène notre essai du microscope. A l'inverse de la chasse, de la guerre ou de la vengeance, la violence initiatique participe directement à la construction de jurèmes. A l'égard du jeune garçon ou de la jeune fille non encore initiés, elle crée un climat de crainte, voire de terreur, qui assure le pouvoir de la classe d'âge des aînés. A l'initié, elle fournit l'expérience d'une sanction dont la répétition n'est pas impensable. En même temps

(80) A. TESTAERT, *De la nécessité d'être initié : rites d'Australie*, Nanterre, 1992, passim. Confrontée à des sociétés dont les structures de pouvoir sont très peu formelles, l'anthropologie des Hautes Terres de Nouvelle-Guinée distingue aujourd'hui des sociétés dites à Grande Homme (les personnages qui paraissent les plus aptes à faire régner l'ordre sont des guerriers, reconnus en raison de leur force physique et de leurs exploits) et les sociétés dites à *Big Men* (les personnages qui jouent le même rôle sont cette fois des possesseurs, des hommes riches, c'est-à-dire qui tiennent une fonction prépondérante dans les réseaux d'échanges). Or une des différences les plus sensibles entre ces deux types de sociétés, par ailleurs assez proches, est la dureté des rituels initiatiques, maximale dans les premières, totalement édulcorées dans les secondes. Tout se passe comme si la possibilité de retirer les terres ou d'exclure des réseaux d'échange prenait dans les sociétés à *Big Men* la place d'une école terrifiante de la violence interne, encore indispensable aux sociétés à Grande Homme. Cf. M. GODELIER, *La production des grands hommes* [1982], Paris, Flammarion, 1996, pp. 290 et s.

(81) A. TESTAERT, « Le droit aborigène australien », *op. cit.*, pp. 15-16.

(82) B. GLADIGOV, « Die sakralen Funktionen der Likatoren. Zum Problem von institutioneller Macht und sakraler Präsentation », *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, I, 2, Berlin-New-York, 1972, pp. 311-312.

qu'elle jalonne les âges de la vie et qu'elle reproduit des homodoxies, elle crée les conditions de menaces crédibles.

Ces quelques réflexions n'entendent évidemment pas épuiser le débat sur la norme dans les sociétés acéphales. Tout au plus esquissent-elles l'une ou l'autre avancée, non sans nombreux tâtonnements. Nous voulions seulement montrer que l'instrument d'analyse que constitue la microscopie du droit révèle bien son aptitude à formler nouveaux problèmes et nouvelles solutions. Cependant, transporté sur des terres aussi lointaines au regard des matériaux qui ont nourri son élaboration, l'instrument doit souffrir quelques adaptations. La conception de jurèmes homonomes, dans lesquels il serait possible de ne distinguer que deux éléments purs, la conviction normative qui donne contenu et le dispositif de pression qui donne efficacité, reste tributaire d'une conception du droit qui sépare dans la norme juridique le contenu normatif et la sanction. Les racines d'une telle conception se trouvent sans doute, à nouveau, dans l'histoire de la philosophie occidentale de la règle de droit⁽⁸³⁾. Mais les

(83) Je notera, surtout l'importance de la philosophie de la norme des Pères de l'Église qui, la première, semble avoir insisté fortement sur la distinction de la norme et de la conviction morale comme fondement de la norme, étant entendu que la norme légitime est celle qui correspond à la conviction du sujet. « Aucune loi ne doit à elle-même, écrit Tertullien, la conviction qu'elle est juste, mais elle la doit à ceux dont elle attend l'obéissance » (*Quida lex sibi sibi consistit iustitiam suam debet, sed eis a quibus obsequium expectat* : Apologétique, IV, 13). Avant la fin du IV^e siècle, la norme ecclésiastique est appelée *disciplina*, *regula*, ou encore *iustitia*, *lex*, *consuetudo*, mais jamais *ius* : l'idée d'un *ius* de source divine ou ecclésiastique ne se formera que plus tard, son émergence participant de la mutation des concepts de *ius*-droit à la fin de l'empire romain (cf. *supra*, pp. 46 et s.). On notera que le langage des Pères et des Conciles, lorsqu'il s'applique à des normes ecclésiastiques, semble comporter une sorte d'anticipation du lexique du *Corpus Iuris Civilis*. A la conviction normative correspond la *fides* (que les contextes d'emploi autorisent à rendre par « conviction » non moins souvent que par « foi »), laquelle *iustitia* et se réalise par l'obéissance à la norme (*fides in regula posita est, habet legem et saltem de observatione legis* : Tertullien, *De prescriptionibus adversus haereticos*, XIV, 4). A l'homodoxie correspond la *communio*. L'Église primitive est un « agrégat d'évêques qui, au fil des controverses théologiques et des conciles, se désagrège et se reagrège sans cesse, l'excommunication étant si l'on veut une sanction, mais aussi bien un constat : celui que l'excommunié n'est plus en communion avec l'ensemble, qu'il ne soit plus homodoxe. Or il faut souligner que cette terminologie et cette philosophie de la norme apparaissent précisément dans un ordre juridique atypique, en ce qu'il s'agit de la sanction de ses normes par la violence et avant que le statut de religion d'État ne lui confère la possibilité de faire appel au bras séculier — à la main-forte séculière serait-on ici tenté d'écrire. Ce facteur explique la mise en évidence, largement étrangère au droit romain, d'une distinction nette de la conviction qui fonde la norme et de la sanction qui la juridifie. Cette distinction fonde la possibilité d'une pensée critique de la norme, à tout le moins de la norme laïque, qui est clairement présente dans l'apologie de saint Augustin, *Remedia justitiae*... auquel notre livre doit son titre, tout comme dans le passage de l'Apologétique de Tertullien cité ci-dessus. La norme laïque contemporaine ne pouvait bien entendu rester à l'écart de pareilles critiques. Il est très significatif que le libéral, qui symbolisait le lien entre la parole d'autorité et ce qui la sanctionnait, disparaisse précisément au moment où le christianisme repart statut de religion d'État et au moment aussi où le mot *ius* disparaît de la langue parlée, tandis que son champ sémantique s'élargit brusquement dans la langue écrite.

réalités se plient mal à un tel schéma. Les convictions se brouillent et interfèrent, les violences jurémiques et non jurémiques s'entrecroisent, les violences influent sur les représentations et les convictions. Étudier la norme dans ses formes premières, comme le Cap des Tempêtes en a inauguré la démarche, reste plus que jamais un objet et un enjeu, mais cet objet complexe exigera du microscope qu'il multiplie les angles de vues.

Apparaît surtout la nécessité, pour que se mettent en place des mains-fortes efficaces, de domestiquer les formes extrêmes de la violence, celles qui font courir aux sujets les risques les plus importants. C'est là le lieu d'une autre problématique traditionnelle, sur laquelle le Cap des Tempêtes entend aussi de jeter un regard neuf.

*Le monopole de la violence
ou les embarras de la domination*

Certains développements du Cap des Tempêtes réintègrent en effet des problématiques qui ne sont pas propres à l'auteur, mais qui constituaient de longtemps des thèmes classiques de la théorie du droit. Tel est le cas du monopole étatique de la violence, qui fait l'objet d'un chapitre important (ch. 14).

La question du monopole trouve sa source dans la théorie de Max Weber, laquelle aboutissait à définir l'État comme l'ordre juridique caractérisé, sur un territoire donné, par la prétention au monopole de la contrainte physique légitime⁽⁸⁴⁾. Après avoir examiné les phénomènes de collaborations *polyarchémiques* (ch. 13) et avant l'étude de l'État proprement dit (ch. 15), Lucien François traite de l'émergence du monopole. L'anecdote intitulée « Maximilien » (pp. 243-249) met en scène, dans une société que l'on abandonne des pouvoirs publics déliquescents, un chef de bande dont la stratégie consiste à consolider sa « seigneurie » par le marquage d'un territoire (ici le quartier Saint-Laurent) où il impose l'interdit de l'usage de la violence physique par tout autre que lui-même ou ses agents. Cet interdit, qui voit un *agrégat* polarisé affirmer ainsi sa supériorité sur tout pouvoir concurrent dans un espace donné, est

(84) « Staat soll ein politischer Anstaltsbetrieb heißen, wenn und insoweit sein Verwaltungstab erfolgreich das Monopol legitimen Zwanges für die Durchführung der Ordnungen in Anspruch nimmt » : Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4^e ed. Tübingen, 1956, p. 29, cité par L. François, *Le cap des Tempêtes*, p. 254.

requalifié « jurème de suprématie ». A l'occasion, la définition de Max Weber est corrigée par le retranchement de l'adjectif « légitime » : dès lors que devient illégitime toute violence considérée comme telle par le pouvoir dominateur, il est clair que la violence ne peut s'exercer de son point de vue qu'à des conditions fixées par lui. Le jurème de suprématie est donc simplement l'interdit de « toute violence physique majeure non autorisée » (p. 251).

Pendant, la définition de Weber comportait un autre aspect problématique. Si le monopole de la violence est d'abord une prétention (*Anspruch*), jusqu'à quel point cette prétention doit-elle se traduire dans la réalité, devenir effective (*erfolgreich*) pour constituer la caractéristique de l'agrégat dominateur ou de l'État ? Ou, en d'autres termes, à quel degré de déviance situerait-on le seuil qui séparerait un monopole d'apparence d'un monopole effectif ? Sur ce point, l'exposé de Lucien François se refuse à lever l'indétermination : le territoire est « le lieu où un agrégat se montre dominateur sans pour autant réussir toujours à y dominer » (p. 257), « l'espace où cet auteur fait valoir (avec plus ou moins de succès) la prétention que l'on sait » (p. 260).

Là n'est pourtant pas la seule difficulté qui subsiste. Il y a, me semble-t-il, un hiatus entre le long discours que tient Maximilien à ses lieutenants pour expliquer sa stratégie (pp. 245-247) et la décision qui en résulte. Dans sa harangue, Maximilien a surtout insisté sur l'intérêt pour un groupe de prédateurs que les proies soient relativement prospères. S'il faut établir la sécurité de la production et des échanges dans le quartier de Saint-Laurent, c'est bien pour assurer la régularité des rentrées de l'impôt-racket. C'est au nom de cette exigence qu'il promulgue dans le quartier un interdit dont on comprend qu'il emporte celui des agressions, des rixes et des vengeance privées (pp. 247-248). Or, à ce stade, un lieutenant de Maximilien serait fondé à s'interroger sur l'adéquation des buts et des moyens. Il comprend sans peine qu'il faille interdire toute bande qui prétendrait à un prélèvement concurrent. Qu'il ne soit pas moins utile de prohiber le vol et, de manière générale, tout ce qui gêne la sécurité des activités productives et commerciales. Mais le mari jaloux qui tue l'amant, la rixe qui suit la dispute d'après boire ne menacent en rien l'organisation. L'acte isolé de vengeance ne le paraît pas davantage. On pourrait s'interroger, en revanche, sur le développement de ces cycles vindicatifs, qui confortent des

réseaux d'hommes résolus et solidaires, donc des noyaux de résistance potentiels. Et plus encore sur le règlement des conflits qui prévient la vengeance ou interrompt le cycle : l'abandonner à d'autres, ce serait accepter une concurrence dans la fonction de dispenser la sécurité. Mais faut-il pour autant aller jusqu'à l'interdit de toute violence ? L'organisation doit-elle prendre en charge cet « intérêt général » qui fait garantir l'intégrité physique des sujets ? s'infliger le devoir de régler tous les différends qui ne peuvent désormais se résoudre par d'autres voies ? La fin de l'histoire de Maximilien le décrit, lui et ses lieutenants, empêtrés dans les difficultés des tâches policières, administratives et judiciaires auxquelles ils n'étaient en rien préparés. Tâches ennuyeuses et coûteuses que leur impose leur décision, mais qui les éloignent fâcheusement de leurs objectifs. A vrai dire, aucun chef de bande n'aurait jamais la politique de Maximilien. Si les anecdotes ont pour fonction de figurer des situations imaginées « à la ressemblance de faits qui se produisent fréquemment », celle-là est, de tout le livre, celle dont la vraisemblance me paraît la plus discutabile.

En fait, l'anecdote semble moins illustrer la pertinence de la thèse de Weber, fût-ce dans une version corrigée, que les difficultés auxquelles cette thèse conduit lorsque l'on tente de la transposer sur le terrain de la genèse historique des pouvoirs étatiques ou protoétatiques. En ce sens, la tentative la plus remarquable d'interpréter les données historiques occidentales à la lumière de Weber a été celle de Norbert Elias. Pour Elias, le « procès de civilisation » qui est au cœur de l'histoire européenne tient largement à la conquête progressive par l'État, dès le Moyen Âge, de deux monopoles associés, celui de la violence légitime et celui de l'impôt. Le développement de cette théorie repose cependant sur une lecture de l'histoire politique et, à un moindre degré, juridique, à la vérité très contestable et qui fait aujourd'hui l'objet de rudes controverses⁽⁸⁵⁾. En particulier, l'idée que la conquête du monopole de la violence serait un objectif prioritaire dans la construction de l'État médiéval ne trouve guère de confirmation dans les données mises au jour par les recherches récentes⁽⁸⁶⁾. De nos jours, la prétention au monopole de

⁽⁸⁵⁾ N. ELIAS, *La dignité de l'Occident*, Paris, 1975, traduction française du second volume de *Über den Prozeß der Zivilisation*, 1939, 2^e éd. 1969. La contestation la plus systématique est celle de H. P. DREX, *Der Mythos vom Zivilisationsprozeß*, 4 vol. parus depuis 1988.

⁽⁸⁶⁾ Voir à ce sujet la mise au point de C. GAVYARD, « Violence légitime et violence illégitime dans le royaume de France à la fin du Moyen Âge », *Memoria y Civilización*, 2(1989), pp. 87-115.

la violence est la caractéristique commune de toutes les entités appelées États, parce qu'elles se sont plus ou moins coulées sur le modèle occidental, mais à cette prétention correspondent des réalités très différentes. Même dans les États où ce monopole paraît le plus effectif, il est probablement le résultat de processus complexes et assez différents. Pour les XIX^e et XX^e siècles, une histoire comparée des États d'Europe, d'Amérique et d'Asie met en évidence bien des disparités dans la place plus ou moins prioritaire de préoccupations comme celle de la sécurité publique ou l'interdit de la violence privée⁽⁸⁷⁾. Que dire alors des périodes plus anciennes ? Dans la ville et la seigneurie médiévales, la vengeance restait largement tolérée, quoiqu'elle fût contenue et qu'on ne lui vît plus développer à l'infini ses cycles vindicatifs caractéristiques. On réprimait le vol bien plus systématiquement et rigoureusement que l'homicide, pour lequel prévalait l'indulgence. En cela, ceux qui se trouvaient en charge du pouvoir n'étaient probablement pas si loin de l'esprit pratique que j'ai prêté tout à l'heure au lieutenant de Maximilien rendu perplexe par la politique de son chef. L'interdit des violences sur les biens est prioritaire par rapport à celui des violences sur les personnes. On ne s'est pas assez interrogé sur le succès massif, dans les États naissants de la fin du Moyen Âge, de la pratique des actions possessoires. C'est à travers elles que s'est d'abord construite la régulation judiciaire étatique qui est encore la nôtre. Or l'action possessoire ne corrige pas une violence quelconque mais une violence typiquement jurémique : celle qui appuie l'opération, qualifiée « trouble possessoire », par laquelle un individu fixe lui-même l'étendue de ce qu'il estime être sa propriété.

Allons jusqu'au bout de ces notes critiques. Elles invitent à s'interroger sur le bien-fondé de la thèse séduisante de Weber et la place qu'il convient encore de lui réserver dans la théorie de l'État. Lucien François montre lui-même fort bien que l'interdit de « se faire justice à soi-même » est très largement mythique ; qu'en fait, ce qui est interdit, c'est l'emploi à l'appui de la volonté individuelle de moyens violents, c'est-à-dire de ce que j'ai proposé ici d'appeler la main-forte, alors qu'une foule d'autres formes de pression sociale restent disponibles et autorisées⁽⁸⁸⁾. La microscopie du droit,

⁽⁸⁷⁾ Cf. J.-C. CHERNAVS, *Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours*, 2^e éd., Paris, 1981.

⁽⁸⁸⁾ *Le corps des Tempêtes*, p. 258.

construite à partir du jurème, ne fournit-elle pas elle-même des bases théoriques qui permettraient de repenser le problème sans plus devoir transiter par Weber ? N'est-ce pas le monopole, non de toute violence, mais des violences jurémiques, c'est-à-dire de celles qui déterminent des comportements futurs et par conséquent contribuent à fonder l'ordre social par la norme, que les pouvoirs dominateurs ont cherché d'abord à conquérir ?

CONCLUSION

Sur les différents thèmes qu'aborde le Cap des Tempêtes, la réflexion pourrait se poursuivre indéfiniment. Le premier but des pages qu'on vient de lire était précisément de montrer l'intérêt de les poursuivre. Ce qui, manifestement, n'allait pas de soi. Parmi les diverses lectures qu'a reçues jusqu'ici ce livre à la carrière encore jeune, certaines ont marqué de la perplexité devant un système qui a pu sembler fermé sur lui-même. Comme si le microscope, destiné par nature à agrandir les plus petits éléments, n'avait vocation qu'à fournir des vues étroites, sans rapport évident avec les horizons autrement larges et les problèmes autrement complexes qu'affrontent ceux qui se penchent sur le droit dans son entier. Pour tout dire, la démarche passe aux yeux de certains pour réductrice. Elle leur semble appauvrir le phénomène « droit » par cela même qu'elle le ramène à des structures élémentaires. J'ai tenté de montrer ici qu'il n'en était rien. Le système me paraît au contraire un système ouvert. Il fournit des clefs d'analyse, mais le jeu de clefs n'en est pas fixé une fois pour toutes, il est susceptible d'extensions, de corrections, de mutations. On ne saurait sous-estimer ni sa plasticité ni son aptitude à nourrir la recherche, même sur des terrains étrangers à ceux qui ont été parcourus par son auteur.

Il me reste pour conclure à formuler un vœu. Au fil de la longue histoire de la pensée juridique, il est arrivé à plusieurs reprises, dans des contextes historiques très différents, que des juristes, lassés de l'exercice sempiternel du commentaire des textes et des reconstructions formalistes, aient tenté de s'en extraire pour saisir le normatif dans ses réalités sociales et dans des formes universelles. Ce fut au XVIII^e siècle la démarche de Montesquieu. Ce fut une centaine d'années plus tard celle de Bachofen, de Henry Sumner Maine ou de Lewis Henry Morgan. Mais une étrange fatalité a pesé sur ces ini-

tatives, en dépit même du succès considérable qu'elles ont rencontré. Montesquieu est tenu pour un père fondateur de la sociologie et de la science politique; Bachofen, Maine et Morgan ont reçu un statut comparable à l'égard de l'anthropologie culturelle. Mais au cœur de la recherche et de l'enseignement des facultés de droit, il n'est pour ainsi dire rien resté de leur héritage. Tout se passe comme si le juriste, lorsqu'il s'arrache à l'épistémologie scolastique de sa discipline pour « faire du droit autrement », était destiné à féconder des sciences humaines en devenir, tandis que les sciences du droit, indifférentes à ces bourgeonnements latéraux, poursuivent dans l'inertie la trajectoire que leur ont assignée les maîtres à penser des temps fondateurs, ceux de la glose et du commentaire. Le vœu que je prononce est que ce scénario ne se reproduise pas à nouveau. Que la microscopie du droit, que vient d'inaugurer le livre de Lucien François, reçoive un écho identique chez les techniciens du juridique et chez ceux qui appréhendent le droit du dehors. Qu'elle contribue à faire abolir, enfin, la barrière épistémologique que le XX^e siècle a constamment maintenue entre le droit et les sciences humaines.

LA REVOLUTION SELON LE DROIT

PAR

LUCIEN FRANÇOIS

1. — Je voudrais répondre à une question qui m'a été faite dès les premiers mois qui ont suivi la parution du *Cap des Tempêtes* : si l'on peut reconnaître qu'une approche radicalement microscopique est indispensable pour élaborer avec toute la rigueur souhaitable une théorie du droit en général, cette méthode minutieuse ne présente-t-elle pas néanmoins l'inconvénient d'être impraticable lorsqu'on ne dispose pas de l'espace d'un livre et qu'il faut s'exprimer, par exemple, par la voie d'un article ou d'une conférence, comme il advient le plus souvent lorsqu'on examine une question particulière ? C'est que les bornes d'une telle communication ne permettent guère de substituer systématiquement, aux termes usuels et approximatifs de règle ou norme juridique, d'ordre juridique et de droit, un ensemble neuf de concepts plus diversifiés et plus précis (jurème, demeure, message jurémique, jurème virtuel, archème, agrégat etc.), déconcertants pour des lecteurs ou des auditeurs qui n'ont pas d'avance ces notions à l'esprit. Quelque insuffisant que soit, du point de vue de la science, le langage ordinaire des juristes, à quoi bon leur en parler un autre que beaucoup n'entendent pas ?

Certes, j'ai déjà concédé que ce langage ordinaire restait satisfaisant pour les besoins de la pratique quotidienne (¹) ; mais que faire lorsqu'on voudrait, sans y consacrer un livre entier, traiter pour un large public certaines questions de droit qui, pour limitées qu'elles soient, n'en posent pas moins des problèmes théoriques plus exigeants que les besoins de la pratique quotidienne ? Faut-il, parce qu'on manque de temps ou de place, renoncer entièrement à la microscopie, à tout agrandissement de l'image ? Doit-on exclure toute attitude intermédiaire entre l'approximation commune et la haute précision ? De la lourde machinerie nécessaire pour passer le cap des Tempêtes, ne peut-on utiliser que tout ou rien ? Ne pourrait-

(¹) *Le cap des Tempêtes*, p. 314.

on régler la lunette d'approche de manière que l'objet observé se trouve grossi, non plus au maximum, mais à un degré moindre qui ne fasse pas totalement disparaître l'image familière, tout en rendant plus distincts les éléments qui la composent ?

Je pense que c'est possible, et je vais tenter de le montrer par un exercice sur une question particulière, celle des rapports du droit avec les révolutions⁽²⁾, le mot révolution étant entendu au sens politico-juridique et non au sens général de changement important survenu dans un domaine quelconque, comme dans « révolution industrielle », « révolution sexuelle », « révolution informationnelle » etc. Cette question est un assez bon exemple du problème qui vient d'être posé : les praticiens ne la rencontrent pas souvent ; pour l'étudier, les instruments d'analyse élaborés dans le *Cap des Tempêtes* ne sont pas tous indispensables, parce qu'elle ne réunit pas toutes les difficultés de la théorie du droit ; elle en contient toutefois au moins deux sous une forme particulièrement aiguë, à savoir celle de déterminer les rapports du droit avec les valeurs et celle de comprendre les rapports du droit avec la force en tant que la force est une des conditions de l'effectivité.

Si cette dernière difficulté est moins abondamment traitée que la première, ce n'est certainement pas parce qu'elle est moins ardue. La pensée des juristes entretient souvent avec la force un rapport ambigu. Elle lui prodigue des égards quotidiens puisqu'ils s'inquiètent sans cesse de vérifier si telle règle alléguée est bien en vigueur, si elle l'était déjà à telle date, si elle l'est encore à telle autre. Le monde des juristes fait peu de cas, si ce n'est pour l'ornement des discours, de règles ou de principes dénués d'effectivité. Il suppose généralement que « force reste à la loi ». Mais c'est à une force revêtue de légitimité et tenue en laisse par le droit qu'il s'attache ainsi, comme on le fait à une monture dressée, indispensable et docile. En revanche, dans ce même monde, la force débridée qui se dérobe et se cabre devient presque un objet de scandale, surtout si, non contente d'être rétive au service, cette force nue entre en contact avec le droit et tente de peser sur lui. De là que, dans la littérature juridique, le rapport de la révolution au droit est rarement traité

(2) L'essentiel de ce travail a paru dans le *Journal des procès* du 20 septembre 2002, pp. 8 et suiv.

avec un réalisme sans faille ou même une attention soutenue⁽³⁾. C'est que la révolution, au sens politico-juridique, change les règles de base d'un Etat sans respecter les normes juridiques relatives à de tels changements. Par une telle violence faite à ses règles maîtresses, un ordre juridique entre en collision avec un phénomène qui lui est extérieur, ce qui fait naître dans certains esprits l'impression que le droit se heurte à un corps étranger plus fort que lui. Il en résulte une perplexité qui commande le plus souvent un silence prudent, encore qu'elle soit parfois avouée en passant : « Il faut constater, peut-on lire, que les constitutions sont abrogées par les révolutions, encore qu'il soit difficile de construire juridiquement ce mode d'abrogation »⁽⁴⁾ ; avec les révolutions, « la théorie juridique se heurte à un casse-tête »⁽⁵⁾.

La plupart des idées réunies dans le travail qui suit se trouvent déjà dans *Le cap des Tempêtes*, où elles sont exposées à d'autres fins, dispersées en divers endroits et exprimées en d'autres termes.

2. - Changement, ai-je dit, à la base de l'Etat (ou au sommet : de toute façon, ces métaphores spatiales ne valent que pour leur commodité) sans respecter les règles sur le changement des règles : c'est bien en ce sens que le langage courant entend le terme *révolution* dans ses emplois les plus consacrés. Je pense par exemple aux révolutions anglaises du XVII^e siècle, à l'américaine et à la française de la fin du XVIII^e siècle, aux révolutions de 1830 et de 1848 qui éclatent dans plusieurs pays d'Europe, aux révolutions russes de 1917 et à l'allemande de 1918. Si, pour changer les règles fondamentales d'un Etat, le pouvoir s'efforce de respecter ou de paraître respecter les règles relatives à de tels changements, c'est de réforme qu'on parle, plutôt que de révolution. Ainsi les changements survenus en Belgique depuis 1970 sont-ils qualifiés officiellement de « réformes institutionnelles », bien que la mutation centrifuge subie par l'Etat belge au cours des dernières décennies soit à ce point profonde qu'on ne saura que plus tard si c'était la première phase d'une sécession ou le moyen de l'éviter. Or ces « réformes » ont été opérées en faisant paraître (si l'on veut oublier quelques déclarations proba-

(3) Parmi les exceptions les plus remarquables, le chapitre *Rivoluzioni e diritto* dans les *Frammenti di un dizionario giuridico* de SANTI ROMANO (Milan, Giuffrè, 1953) et le paragraphe *Revolución und Widerstand* de l'*Algerienische Sozialrecht* de Reinhold ZIRPPELUS (Münch, Beck, 1991).

(4) J. BARRIEMLEY et P. DUBZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ed. Economica, 1985, p. 227.

(5) O. DREAMEL et Y. MERY, *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., 1992, p. 936.

blement improvisées et grossièrement démagogiques) le souci de respecter la procédure très lourde prévue pour la révision de la Constitution ou d'autres normes supérieures aux lois ordinaires, bien qu'une telle procédure demande beaucoup de temps et requière une entente persistante dans une majorité importante. En France, en dépit de la puissante pression qui avait porté de Gaulle au pouvoir en 1958, on ne parla pas de révolution lorsque ce mouvement mit fin à la Quatrième République : c'est qu'en obtenant, comme chef du dernier gouvernement de celle-ci, que l'Assemblée, organe elle aussi de la Quatrième, vote une loi de « révision du procédé de révision »^(*) de la Constitution, le général, quoique pressé, avait veillé à ce que la légalité soit respectée au moins formellement.

Là où n'existe aucune norme réglant explicitement le mode de révision des normes fondamentales, les traditionalistes sont tentés d'affirmer que de telles transformations restent à jamais interdites ; mais lorsqu'il s'en produit néanmoins, comme il arrive tôt ou tard, on peut observer qu'elles sont appelées *révolutions* lorsqu'elles sont imposées au pouvoir en place, mais non lorsque celui-ci les introduit de son gré, par conviction ou par prudence (l'idée étant sans doute que dans une monarchie absolue, le souverain peut même décider de réformer l'organisation de l'Etat ; encore que le droit de régler la succession au trône ait été dénié à bien des rois, à Louis XIV lui-même dont le testament a été annulé). Ainsi le mot de *révolution* n'a plus été prononcé en Prusse lorsqu'en 1849 le roi Frédéric-Guillaume IV, après avoir retiré la Constitution que la révolution de 1848 lui avait arrachée, en a unilatéralement octroyé une autre de sa façon (en employant à dessein un verbe *octroyieren*, sans doute à l'imitation de Louis XVIII qui, rentré d'exil après la déchéance de Napoléon, avait dû signer une « Charte » mais avait déclaré l'« octroyer » et l'avait datée de la dix-neuvième année de son règne). En revanche, les Hollandais font remonter leur Etat, leur patrie révé-
vée, à un acte qu'ils appellent fièrement *Opstand* (révolution, soulèvement), celui par lequel, à l'instigation de Guillaume d'Orange, *Vader des Vaderlands*, les Etats-Généraux des Pays-Bas dits espagnols se sont arrogés, en l'exerçant, le droit de destituer Philippe II comme souverain de ces pays (en sa qualité non pas de roi d'Espagne mais de duc de Brabant, de Limbourg, de Gueldre, de Luxembourg, de comte de Flandre, de Hainaut, de Hollande, de

(*) M. DUVERGIER, *Eléments de droit public*, 11^{ème} éd., P.U.F., 1935, p. 93.

Zélande, etc.). Révolution suivie, rappelons-le, d'une longue guerre civile et, dans les seuls Pays-Bas du Sud, d'une restauration qui a séparé ces provinces de celles du Nord et dont la Belgique est une conséquence lointaine.

3. — L'élément essentiel, que je viens de préciser, des révolutions — changement contre les règles — n'en est pas la partie la plus visible. A ce mot de révolution, nous voyons apparaître des barricades et des fusillades, mais cette vision ne correspond que très approximativement à ce qui se passe en profondeur.

En effet, cette association d'images violentes au concept de révolution ne doit pas faire oublier que bien des insurrections, rébellions ou soulèvements sanglants échouent et que, dans ce cas, l'on ne parle guère de révolution. Je ne songe pas ici aux insurrections dont le succès dure peu, comme ces révolutions de 1848 après lesquelles, en Italie et en Allemagne, l'ordre a été rétabli au bout de quelques mois (le temps de laisser passer l'orage grâce à des concessions empressées sur lesquelles les souverains sont revenus quand ils eurent repris force et détermination). Je pense plutôt aux soulèvements écrasés avant d'aboutir, comme les jacqueries, la Commune, l'insurrection du groupe Spartakus, ou aux rebelles qui abandonnent spontanément la partie faite de se voir suffisamment suivis, comme lors du putsch de Kapp (Berlin, 1920). Pour qu'on parle de révolution, le succès est nécessaire, fût-il bref, et ce succès consiste encore une fois dans le changement de règles fondamentales sans respecter les règles — non moins fondamentales — relatives à de tels changements.

Quant aux insurrections qui aboutissent, l'effusion de sang qui les accompagne n'est qu'à la mesure de la résistance qu'elles tentent de vaincre. Celle-ci leur est parfois opposée de façon si peu résolue qu'on a vu des « révolutions de palais » ou d'autres soulèvements triompher en quelques heures, parfois même sans coup férir, sinon sans menacer.

4. — Gardons-nous de confondre la notion de révolution ainsi précisée pour les besoins de cette étude avec un fait tout différent auquel certains donnent le même nom (mais avec une majuscule), c'est-à-dire avec la « Révolution » à laquelle certains régimes établis s'identifient. Ce que ces régimes appellent Révolution est en réalité une politique, présentée par la comme radicale, et qui doit

être menée sous leur direction, bien après la victoire de l'insurrection ou la réussite du coup d'Etat qui les a portés au pouvoir. En se donnant lui-même comme une révolution en marche, un tel régime entend signifier tout d'abord que son gouvernement a pour programme officiel de transformer la société en profondeur. Et de parler de Révolution culturelle, par exemple, ou de Révolution portant sur l'infrastructure économique, sur la maîtrise des moyens de production, ou encore, comme en Iran, de Révolution islamique. Mais ce sont là, si j'ose dire, des *crânes révolutionnaires*. Et ce fait remarquable que des régimes étatiques se qualifient parfois eux-mêmes de Révolutions (telles la France de Quatre-vingt-treize, l'U.R.S.S. ou Cuba) remplit peut-être aussi une autre fonction : c'est d'avertir par ce terme que le gouvernement traitera durablement l'opposition avec les moyens de la guerre, sans hésiter à séquestrer, à déporter, à extorquer des aveux publics, à condamner et exécuter sans respecter de droits de défense. Méthodes justifiées par une promesse d'avenir exceptionnellement ambitieuse, le système régnant étant celui de l'*optimisme impitoyable*.

Des Révolutions ainsi entendues se font non pas contre la loi, mais conformément à la loi du régime nouveau. La logique de tels régimes commande que si de nouveaux insurgés y apparaissent, qui cette fois veulent faire une révolution au sens où je l'entends, ces révolutionnaires se voient officiellement qualifiés de *contrerévolutionnaires*, comme il advint souvent. Je ne condamne pas cette terminologie officielle. Mais par souci de netteté, je tiens à rappeler que j'entends traiter ici, non pas de processus qui se déroulent conformément aux règles d'un Etat installé, mais de la façon dont le droit voit, appréhende, un changement au sommet qui ne respecte pas les règles sur le changement.

5. — Dans tout Etat, même démocratique, de nombreux textes officiels punissent les atteintes à l'ordre et toute contrainte physique sur les pouvoirs publics, à commencer par les rassemblements en armes non autorisés. Cela paraît logique : la révolution, changement contre les règles, apparaît comme l'antithèse du droit, par définition.

Cependant cette idée selon laquelle la révolution serait la négation du droit paraît mise à mal par le fait que certaines lois fondamentales proclament un droit à la résistance. Il en est ainsi de la constitution de certains des *States* qui ont formé les Etats-Unis à la fin du XVIII^e siècle (Maryland, Pennsylvanie, Massachusetts, etc.).

L'idée a été reprise dans plusieurs autres constitutions. On peut en distinguer deux versions, l'une modérée, l'autre radicale. La modérée s'énonce dans la Loi fondamentale allemande qui dispose (art. 20) que tous les Allemands ont le droit de résister, à défaut d'autre recours, à quiconque entreprendrait de renverser le régime constitutionnel. C'est là, en somme, une permission de susciter une insurrection proprement conservatrice si un coup d'Etat se produisait, à droite ou à gauche, et que les organes officiels du régime hésitent à y mettre le holà avant qu'il soit trop tard. Le souvenir est ici à l'œuvre des divers coups qui ont ébranlé et finalement abattu la République de Weimar. Plus téméraire est la Constitution française de 1793 selon laquelle « Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple de plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs » (art. 35).

La révolution serait-elle donc compatible avec le droit, paradoxalement ?

6. — Il est impossible de traiter cette question sérieusement sans dissiper d'abord l'extrême confusion qui y a été introduite par le langage courant. Celui-ci, on l'oublie souvent, appelle *droit* deux choses (au moins) qui diffèrent radicalement, à savoir 1^o des règles effectivement en vigueur et 2^o des règles pensées. Je précise que *règles effectives* ne signifie pas *règles efficaces* au point d'être toujours obéies. J'entends par règles simplement effectives des règles accompagnées d'un dispositif de pression par menace de sanction qui pèse assez sur les conduites pour qu'on y regarde à deux fois avant de désobéir et qu'on ne désobéisse guère sans prendre de précaution. Quant aux règles que j'oppose aux effectives, en elles-mêmes elles sont seulement rêvées, comme un idéal dont on aimerait que les règles effectives s'inspirent toujours.

Je sais qu'une telle distinction paraît évidente lorsqu'elle est exposée abstraitement mais une longue expérience de débats sur la théorie du droit m'a appris que l'homonymie de ces deux concepts que l'usage s'obstine à nommer *droit* l'un et l'autre empêche même de bons esprits de garder la distinction constamment présente. Il faut donc prendre le soin de nettoyer la situation verbale, comme dit Valéry. Ne pouvant le faire ici de façon aussi radicale que dans *Le cap des Tempêtes*, pour les raisons que j'ai indiquées en commençant, je me plierai à l'usage qui est d'employer ces deux homonymes

droit, en m'astreignant toutefois pour chaque emploi à préciser si je parle de l'un ou de l'autre, précaution indispensable pour déjouer l'exploitation qui est faite d'une homonymie propice à une confusion entretenue. Je m'interdirai par conséquent de parler de droit tout court et ne parlerai plus que de « droit-I » et de « droit-II » (*).

Contrairement au droit-II, le droit-I est un fait qui ne consiste pas seulement dans une pensée : il se compose d'un grand nombre d'ordres juridiques dont chacun émet des règles qui reposent sur un pouvoir effectif. Que ces règles soient justes ou injustes, le droit-I fonctionne selon les mêmes mécanismes ; et pour comprendre ces mécanismes, il est sans pertinence de s'interroger sur ce qui est juste ou injuste, bien que cette question soit importante par ailleurs. Il faut faire pour le droit-I ce que Machiavel fait pour la science politique qu'il a tant contribué à fonder en tant que science, lorsqu'il avertit (dans le chapitre XV du *Prince*) que, son propos étant de comprendre la politique (et ne le faut-il pas, avant de la juger ?), il veillera constamment à ne pas retomber dans la confusion commune de la politique qui se fait avec celle qui devrait se faire. Les bien-pensants se sont d'ailleurs vengés de cet insupportable parti-pris de lucidité et de rigueur en faisant de *machiavélique* un terme péjoratif.

Quant à savoir ce que prescrirait un droit-I juste, c'est-à-dire émané d'un pouvoir qui, par bonheur, ne sacrifierait la justice à aucune autre considération, c'est la question à laquelle tente de répondre le droit-II (lequel n'existe que dans nos imaginations, comme les points de la géométrie : c'est ce que J. Binder appelle un *Gedankending* (**)). Ce droit-là est parfois pris pour modèle par le droit-I mais rien ne garantit jamais qu'une telle coïncidence se produise ni, si elle se produit, qu'elle se maintienne.

7. — Le monde des juristes subit une puissante tentation, dite moniste, de penser que « le Droit est un ». A y regarder de près, c'est au contraire une pluralité radicale qui s'observe, tant dans le droit-II que dans le droit-I, quoique pour des raisons toutes différentes dans le domaine de l'un et dans celui de l'autre.

Il y a au sommet (ou au centre, ou à la base, comme on voudra) de chaque ordre juridique, de chaque Etat par exemple, un pouvoir

(*) Ces termes sont aussi utilisés dans les premières pages du *Cap des Tempêtes*, mais pour les besoins d'une autre classification et dans un sens différent de celui que je leur donne ici.

(**) Cité par K. OLIVEROVA, *Law as Fact*, 2^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 170.

non délégué qui, le plus souvent, habilite des pouvoirs délégués à émettre des règles eux aussi. Des règles du droit-I appartiennent donc à un même ordre juridique ou à des ordres juridiques différents, selon qu'elles se rattachent ainsi à un même pouvoir non délégué ou à des pouvoirs non délégués différents. Dans ses règles, tout ordre juridique suit de manière plus ou moins cohérente ses propres valeurs et puisqu'il a sa tête un pouvoir non délégué, chaque ordre juridique forme un système autonome de production de règles. D'où il résulte que les différents ordres juridiques ne reconnaissent et ne suivent selon aucune nécessité les mêmes valeurs. Aucune n'est donc essentielle au droit-I considéré dans son ensemble, c'est-à-dire essentielle à la somme de tous les ordres juridiques : chacun de ceux-ci décréte que tels comportements humains sont obligatoires, tels interdits et tels autres encore permis, mais ces qualifications restent parfaitement irrelevantes pour les autres ordres juridiques si ceux-ci les refusent.

Quant au droit-II, il en existe presque autant de variétés qu'il y a d'auteurs à le décrire car la version de chacun dépend de ses préférences, même quand il se borne à adhérer à des valeurs pensées par d'autres. Les diverses versions du droit-II ne s'inspirent pas de la même hiérarchie des valeurs, bien que bon nombre d'entre elles se présentent comme universelles parce que fondées sur la raison ou sur la nature (qui est une, mais n'est qu'un prétexte pour justifier divers jugements préconçus) ; de sorte qu'il y a des jusnaturalismes de droite et des jusnaturalismes de gauche (ou d'ailleurs encore), ne valorisant pas au même degré l'ordre, la propriété, l'égalité, la liberté individuelle, la solidarité etc.

8. — La diversité des droits-II se retrouve dans ce qu'ils disent de la révolution. Est-il moralement obligatoire de respecter les lois du pays où l'on vit ? immoral d'y résister ou de s'y opposer ? Autrement dit, ce qui est illégal est-il nécessairement illégitime ? Le droit-II prescrit-il le respect de tout droit-I même quand celui-ci est injuste ?

A cet égard comme à bien d'autres, le droit-II est traversé de traditions différentes. L'une d'elles condamne toute révolution en s'inspirant notamment de l'Épître de Paul aux Romains : « celui qui s'oppose à l'autorité résiste à l'ordre que Dieu a établi » (13, 2). Luther en déduira que si le prince fait fausse route (hypothèse très « actuelle » puisque Luther venait d'être mis au ban de l'Empire par la Diète que présidait Charles Quint), il faut résister par la critique

mais jamais par la violence. Cette exigence de soumission sous la seule réserve d'un droit de critique se retrouve chez Kant avec une justification non plus théologique mais prétendument rationnelle. A savoir, si je puis me permettre de la rappeler en termes simplifiés, que pour que la justice règne, il lui faut contre ses ennemis l'appui de la force; qu'une autorité politique est donc nécessaire, qui se fasse obéir; que si le peuple peut se plaindre de celle-ci quand elle gouverne mal, il ne peut être admis, sous peine de saper cette indispensable autorité, à juger lui-même s'il y a lieu d'y obéir.

En passant l'on observe ici deux choses. La première est qu'un tel discours tenu par deux grands hommes que les Allemands admirent comme des expressions de leur génie est peut-être une des causes de la soumission de tant d'intellectuels allemands à des politiques dont nous avons, et eux aussi, un cuisant souvenir. La seconde est que cette thèse inconditionnellement favorable à l'autorité est souvent défendue par des auteurs échaudés par les cruautés d'une guerre civile récente qui a commencé par une insurrection : la guerre dite des Paysans pour Luther, les guerres de religion en France pour Bodin ou en Angleterre pour Hobbes, et la Terreur dont Kant, recevant des nouvelles de Paris, s'est ému au point de revoir son jugement sur la Révolution française.

C'est encore de l'Écriture sainte que s'inspirent parfois les conceptions du droit-II qui, contrairement à la précédente, justifient la résistance au pouvoir s'il est coupable : « Il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes » (Actes des apôtres, 5, 29). Il est préférable d'obéir au droit modèle plutôt qu'au droit mis en vigueur par des autorités humaines, au droit-II plutôt qu'au droit-I s'ils ne concordent pas. La résistance peut même devoir être violente : Calvin commence certes par dire comme Luther qu'un prince qui gouverne mal est à supporter comme une épreuve envoyée par Dieu mais il ajoute qu'on ne peut obéir à l'autorité établie si ce qu'elle ordonne revient à désobéir à Dieu⁽⁹⁾; aussi le calvinisme a-t-il plusieurs fois attisé l'ardeur révolutionnaire, notamment dans les Pays-Bas au cours de la guerre de Quatre-vingts ans, dans la Bohême dont la révolte contre les Habsbourg a déclenché la catastrophique guerre de Trente ans et en Angleterre au temps de Cromwell.

(9) Je me réfère à des passages du *Von weltlicher Obrigkeit* de Luther et de l'*Institutio Christianae Religiois* de Calvin reproduits par ZIEFFELUS, *op. cit.*, p. 144.

Le même radicalisme est poussé jusqu'à l'exaltation dans cet article 35 de la Déclaration des droits de 1793 que j'ai déjà cité et qui fait de l'insurrection le plus sacré des droits du peuple et le plus indispensable de ses devoirs. Ici ce n'est plus la théologie qui parle, mais le droit naturel — dont le style n'est pas moins péremptoire, et pour cause⁽¹⁰⁾ —; déjà, la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 parlait (art. 2) de la « résistance à l'oppression » comme d'un des « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme ».

9. — La moindre réflexion devrait suffire pour comprendre que de tels textes, et surtout le parti qu'on en tire, jouent sur la confusion du droit-I et du droit-II que j'ai indiquée. Ce droit de s'insurger qui paraît contenu paradoxalement dans le droit-I puisqu'il est solennellement consacré par des textes officiels n'est que du droit-I positif, du droit-II déguisé en droit-I. C'est que ces prétendus droits de résister, de s'opposer même par la force, sont totalement dépourvus de l'effectivité essentielle au droit-I.

En effet, de deux choses l'une. Ou bien une insurrection l'emporte. Et dans son triomphe le régime nouveau se passe toujours fort bien d'une permission qui lui aurait été accordée par le régime antérieur : de toute façon ce ne sera pour lui qu'un jeu de légiférer rétroactivement les actes de violence et les délits commis pour l'instaurer. Ou bien l'insurrection échoue, et alors il ne faut guère s'attendre à ce que l'ordre qui lui a résisté reconnaisse bientôt qu'elle était dans son droit quand elle a fusillé ses représentants pour le renverser⁽¹¹⁾. Tout au plus parlera-t-on de clémence. On parlera peut-être aussi un jour de repentance, mais beaucoup plus tard, quand une repentance sera utile aux seuls repentants. En un mot, les effets juridiques d'un soulèvement ou d'un coup d'Etat sont déterminés par son succès ou son échec, bien plus que par des règles antérieures.

Il faut se défier de l'illusion qu'un fait a une nature juridique par lui-même. Un même fait a autant de natures juridiques différentes qu'il y a d'ordres juridiques différents qui le contempnent. A l'exécution de Louis XVI comme de Charles I^{er}, en France comme

(10) Sur la racine religieuse du droit naturel moderne, v. E. DE LAURELLI, *L'humanisme, insaisissable et incertain ? Une critique des droits de l'homme*, Labor, 1999, pp. 29 et suiv.

(11) Le Tribunal suprême du Venezuela vient, il est vrai, d'acquitter des officiers supérieurs accusés d'avoir pris la tête du coup d'Etat d'avril 2002, mais il semble ne l'avoir fait que pour insuffisance de preuves et dans une situation, voisine de la guerre civile, où ce tribunal est accusé de prendre le parti de l'opposition au président (v. *Le Monde*, 18-19 août 2002, p. 3).

en Angleterre une république a donné le statut d'œuvre de justice, ce qui n'a pas empêché qu'une restauration du régime monarchique qualifie ensuite ce même acte de crime impardonnable.

10. — Faisons le point : si l'on ne considère que le droit-I, composé, je le rappelle, d'ordres juridiques, la révolution, désordre majeur, semble l'antithèse du droit.

Cependant il apparaît, à y regarder de plus près, que certains artifices d'expression du discours officiel peuvent nous induire en erreur. Ce discours fait paraître absolu ce qui n'est que relatif lorsqu'il présente la révolution comme contraire au droit car elle n'est jamais contraire qu'à un ordre juridique déterminé. Celui-ci se pose volontiers en défenseur de l'ordre tout court mais ses autorités ne défendent en réalité que leur ordre et celui de leurs alliés.

Or il arrive souvent que le désordre des uns fasse le bonheur des autres et que, partant, l'ordre de ceux-ci organise le désordre de ceux-là. Ainsi lors de la première guerre mondiale, l'Etat-Major général allemand, pris entre deux fronts, a fait s'effondrer celui de l'Est par un coup de maître. En Russie, la république née de la première révolution de 1917 était décidée à poursuivre la guerre, ce qui retenait à l'Est des troupes allemandes bien nécessaires à l'Ouest où l'adversaire était en train de se renforcer par l'entrée des Américains dans la guerre. Les services secrets allemands ont alors ramené en Russie, via la Suède et la Finlande, Lénine et ses collaborateurs immobilisés en Suisse depuis 1914. Et comme ces services l'escomptaient, l'action des bolcheviques a précipité le retrait de la Russie de la guerre. Il n'est pas sûr que l'U.R.S.S. eût même existé sans cet appui décisif donné aux révolutionnaires les plus radicaux par un régime impérial particulièrement imbu de l'ordre. Il va sans dire que Guillaume II n'agissait pas par sympathie pour Lénine; c'est même précisément parce qu'il voyait en lui un être nuisible qu'il l'a introduit chez son adversaire : dans l'esprit de l'« Empereur allemand », c'était, avant la lettre, agir selon le principe de la guerre bactériologique.

11. — Si les droits étatiques présentent comme générale et absolue la condamnation des séditeux, des rebelles, des mutinés, des terroristes, engéance intrinsèquement nuisible, danger universel, *malum in se*, un autre fait montre mieux encore que cette condamnation n'est pas aussi absolue dans la réalité qu'elle le paraît dans

le discours officiel, discours qui se retrouve en grande partie dans l'expression du droit.

Ce n'est que si une insurrection échoue dans sa tentative de changer le droit public qu'elle retombe sous le coup du droit pénal. Pour la plupart des régimes étatiques, il est une révolution privilégiée, considérée après coup par les autorités comme si elle était légale. C'est celle dont le régime est issu. Aussi cette révolution-là est-elle généralement présentée par le discours officiel sous des traits avantageux, soit en exaltant ses épisodes héroïques, soit surtout en taillant ses exactions les moins défendables (car ce qu'il y a de plus trompeur dans une propagande, ce sont ses silences).

Bismarck observe dans ses Mémoires que bien des Etats se glorifient de racines illégitimes⁽¹²⁾. Il est vrai qu'il en est peu qui ne soient pas nés d'une violation du droit-I. Il arrive souvent ici ou là par le monde que ni la disparition d'anciennes dispositions constitutionnelles, ni l'entrée en vigueur des nouvelles, n'ait été fondée sur une *habilitation qui les rattache au droit*, pour dire les choses moins crûment que le « chancelier de fer ». Si la France a connu, depuis la fin du XVIII^e siècle, plus de dix constitutions écrites, presque toutes ont été, selon l'expression de Burdeau, « abrogées révolutionnairement », c'est-à-dire sans respecter une procédure de révision préétablie⁽¹³⁾.

Il existe donc, de loin en loin, des actes d'abrogation qui « valent » aux yeux de la plupart des juristes sans que ceux-ci aient vérifié leur « validité » sur la base de règles qu'ils considèrent comme juridiques, comme ils le font si soigneusement d'ordinaire. Que les nouvelles règles fondamentales soient considérées comme du droit *dans de telles conditions* (et elles le sont!) ne fait guère bon ménage avec les habitudes de pensée inculquées à ces juristes et pose, de ce fait, un problème que les idées reçues ne permettent pas de résoudre et que le discours officiel se charge de masquer tant bien que mal.

Il faut savoir que le vocabulaire utilisé dans les lois véhicule l'idée qu'un même fait change de nature selon qu'il est accompli au nom de l'Etat ou par d'autres que ses représentants : suivant le cas, le même fait s'appelle *exécution capitale* ou *assassinat*, un autre même fait *arrestation* ou *rapt*, un autre *exécution de saisie* ou *cambréolage*,

(12) O. v. BISMARCK, *Gedanken und Erinnerungen*, Stuttgart, Cotta, 1968, p. 139.

(13) G. BURDEAU, *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, 20^e éd., Paris, I.G.D.J., p. 446.

un autre *emprisonnement* ou *séquestration*, un autre encore *impôt* ou *extorsion*. De même, il est instructif de comparer les termes en lesquels la plupart des Etats s'expriment sur la révolution, le coup de force, la sécession, en un mot sur le *fait* auquel ils doivent leur existence ou leur régime, avec les termes utilisés à propos des insurrections qui se dressent contre eux : le plus souvent, le discours officiel condamne la rébellion en termes généraux et les officiers du ministère public qualifient les rebelles de bandits, de lâches criminels qui se cachent pour frapper, mais les Etats se gardent bien de désigner de la même façon les rebelles qui les ont fondés ou rétablis en s'opposant au régime qui était en vigueur avant le leur : ces rebelles-ci sont qualifiés au contraire de résistants, de partisans, d'héroïques combattants de l'ombre, l'Etat leur octroie des pensions, élève des monuments à leur gloire et commémore leurs exploits par des cérémonies solennelles, même quand ceux qu'il honore ainsi ont dû, pour triompher, pratiquer la violence, l'extorsion et le pillage. Tout est fait pour détourner notre regard des similitudes observables entre *tous* les coups de force, bons ou mauvais, dirigés contre des pouvoirs en place.

Le discours officiel des Etats, pour pouvoir considérer la révolution fondatrice et privilégiée *comme* si ce coup de force avait été légal, en d'autres termes pour pouvoir légitimer le bâtaard, régulariser sa situation, ce discours utilise souvent le droit-II, une version du droit-II qui admet la résistance à l'autorité (qui sait même si certaines des proclamations d'un droit de résistance rencontrées plus haut - n° 8 *in fine* - n'ont pas pour fonction véritable de justifier indirectement une insurrection récente, sous couleur de disposer pour l'avenir?). Logiquement, l'invocation du droit-II à cet effet n'est pas pertinente puisque droit-I et droit-II ne se situent pas sur le même plan. Mais précisément cette confusion que j'ai dénoncée (n° 6) entre droit-I et droit-II vient ici bien à point car elle permet de donner aux âmes inquiètes une illusion, un ersatz, un semblant de légalité.

Que l'on me comprenne bien : je ne conteste nullement que des révolutionnaires puissent à certaines conditions se féliciter *au nom de la morale* d'avoir renversé un ordre juridique et à cette fin transgressé le droit; mais pourquoi vouloir à tout prix que ce au nom de quoi l'on cultive un droit s'appelle déjà « le droit » ?

Ce n'est pas encore tout : non seulement cette révolution privilégiée dont les Etats sont issus est légitimée après coup, mais il est permis de penser qu'elle formait déjà un droit-I avant même de triompher. En effet, sa victoire a généralement été précédée d'une période de préparation par un groupe qui, né dans la clandestinité, a créé en son sein un système autonome de production de règles, avec ses sanctions, ses agents, ses hommes de main, sa propagande, sa fiscalité, sa police propres. Ce qui correspond à ce que j'ai appelé plus haut un ordre juridique, ainsi que bien d'autres organisations d'ailleurs, qu'elles soient pacifiques comme peuvent l'être une secte ou un club, ou qu'elles soient structurées en fonction d'un combat extérieur⁽¹⁴⁾. Il est excessif de dénier tout caractère juridique à de telles organisations parce qu'elles s'opposent à l'Etat, et plus éclairant de les analyser comme autant d'ordres *juridiques*, même lorsque ces ordres juridiques ne sont pas *étatiques* parce qu'ils ne prétendent pas au monopole des violences physiques sur un territoire.

Bien mieux : l'on peut même parfois dire comme Santi Romano qu'un mouvement révolutionnaire est un embryon d'organisation étatique⁽¹⁵⁾. On observe en tout cas que s'il parvient à se développer, il ne tarde pas à prétendre à son tour à ce monopole de la violence et se proclame « l'Etat » souvent avant même que le régime contesté ne soit tombé. Dans la phase la plus aigüe d'une révolution, l'on voit donc sur un même territoire deux régimes étatiques dont chacun nie l'autre en tant qu'Etat mais sait fort bien que l'autre existe déjà ou existe encore : c'est par pure propagande qu'ils parlent l'un de l'autre comme s'il n'y avait sur le territoire disputé qu'un seul ordre étatique ou même juridique, le leur.

12. — L'on m'objectera sans doute que je fais trop de cas de la révolution privilégiée par le régime étatique qui en est issu; qu'en effet cette révolution-là reste une figure exceptionnelle, un événement qui pourrait seule provoquer la situation oppressive ou chaotique à laquelle il a mis fin, un désordre appartenant à des temps

⁽¹⁴⁾ Les *Frammenti* de Santi Romano cités plus haut contiennent des observations particulièrement intéressantes sur la comparaison qui peut être menée entre les ordres juridiques formés en vue d'un combat extérieur et les autres (pp. 226 et suiv.). Quant à l'analyse que fait cet auteur de l'organisation révolutionnaire comme consistant en un ordre juridique en elle-même, elle n'est dans ces mêmes *Frammenti* qu'un développement particulier de la thèse de la pluralité des types d'ordres juridiques exposée dans son *Ordinamento giuridico* (dont la deuxième édition a été traduite en français : *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gohot, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1975).

⁽¹⁵⁾ *Frammenti*, op. cit., p. 224.

révolus qui étaient comme la préhistoire de l'État, de sorte qu'en dehors de cette exception isolée, la révolution reste contraire au droit dans l'ordre naturel des choses.

Ce serait ignorer qu'on peut observer dans l'histoire de chaque pays non pas une révolution au sens que j'ai précisé, non pas un seul changement au sommet sans respecter les règles relatives à de tels changements, non pas une seule mutation illégitime légitimée, mais plusieurs, dont la succession continue de jalonne l'existence de cette même société politique.

De telles ruptures de légalité se sont produites par exemple en Belgique depuis 1830, sous l'apparence officielle d'une continuité ininterrompue de l'ordre juridique étatique depuis cette date que l'on présente comme celle de la dernière révolution. Je passe sur quelques ruptures plutôt mineures, comme d'admettre que les gouvernements fassent en temps de guerre des arrêtés ayant et conservant force de loi, ou que des lois et des arrêtés aient été signés pendant un an par un « prince royal » que la Constitution ne prévoyait pas d'avantage; sans parler d'un refus embarrassant que l'on déguisa en « impossibilité de régner ». Mais pourquoi fermer les yeux comme le voudraient bien des juristes officiels sur deux ruptures plus fondamentales ? La première est que nous avons vécu et fondé sur des textes constitutionnels issus d'un suffrage universel pur et simple institué au lendemain de la première guerre mondiale en violation de la procédure prévue pour la révision de la Constitution (ce constat de fait n'implique aucun jugement de valeur sur le « coup de Loppem »). La seconde entorse est que la plupart des juges belges, pourtant tenus d'observer la loi constitutionnelle ou ordinaire (loi qui fait que ces juges sont juges, loi qu'ils prêtent serment de respecter, et qu'il est vain d'instituer si elle ne lie pas), se sont soudain autorisés eux-mêmes un beau jour, sans qu'aucun texte constitutionnel les y habilite, à refuser d'appliquer des lois pour la raison ou sous le prétexte que ces lois seraient contraires à des traités internationaux (même étrangers à l'Union européenne), comme si le parlement démocratiquement élu avait besoin d'un tuteur autoproclamé et n'était plus le maître de décider lui-même s'il y a lieu de prendre le risque d'engager la responsabilité internationale de l'État plutôt que de renoncer à prendre une mesure commandée par l'intérêt du pays.

Je ne conteste pas que de tels agissements puissent être politiquement opportuns. Ce qui m'intéresse ici est d'observer qu'il se produit, en Belgique comme dans bien d'autres États, des changements au sommet où ne sont pas respectées les règles relatives au changement, et qui *pourtant* sont en fait acceptés par les notables et couverts par les divers organes du pouvoir; acceptés et couverts en ce sens que presque tous continuent d'agir et même de parler comme si aucune irrégularité n'avait été commise. Le discours officiel n'appelle pas ces changements des révolutions. Il s'efforce même d'inviter des raisonnements juridiques qui leur confèrent une apparence de légalité, le plus souvent en imaginant de prétendues règles non écrites dont ces mutations seraient l'application, de sorte que la continuité de l'ordre juridique ne serait pas rompue par de telles transformations. Les argumentations avancées dans les milieux officiels pour faire tenir ces fictions nées du besoin de continuité et de stabilité sont des modèles d'opportunisme sacrifiant toute rigueur, non sans ingéniosité quelquefois; il serait bien instructif d'en faire une anthologie à l'usage de ceux qui s'intéressent à la logique et à la théorie de l'argumentation⁽¹⁶⁾.

13. — La question ne doit pas être éludée de savoir pourquoi une discontinuité qui se produit au sommet d'un ordre juridique étatique est ainsi tantôt estompée, fardée, voilée, camouflée par le discours officiel (auquel cas l'on évite le mot *révolution*), tantôt au contraire présentée par ce même discours comme une rupture glorieuse, *Glorious Revolution* (auquel cas le mot apparaît et prend une majuscule). Pourquoi la révolution est-elle ainsi tantôt célébrée, tantôt furtive ?

Pour répondre à cette question, il faut commencer par observer que dans un des deux types de cas la rupture s'accompagne de violences, dans l'autre non. Il est donc permis de dire, si l'on s'en tient à la définition que j'ai proposée de la révolution, qu'il est des révolutions sanglantes et des révolutions pacifiques. Mais la question se déplace : qu'est-ce qui fait qu'une révolution est violente ou pacifi-

(16) Il faut remarquer la contribution approfondie de M. J. S. JAMAKER, analysant sous un angle la théorie du droit pour le moins sommaire utilisée dans le célèbre arrêt Le Sili auquel je viens de faire allusion et dans la doctrine et la jurisprudence publiées dans le sillage de cet arrêt : « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999, pp. 103 et suiv., spéc. pp. 119 et suiv.

que ? que l'on a tantôt de franches révolutions avec barricades et fusillades, tantôt de subreptices mutations irrégulières ?

C'est que les règles suprêmes, violées dans un cas comme dans l'autre, avaient dans le premier des partisans qui résistaient au changement, se conduisant comme s'il n'avait pas eu lieu, et dans le second cas des partisans sans doute aussi, mais trop peu nombreux et surtout trop peu énergiques pour résister vraiment, c'est-à-dire pour résister autrement que par des protestations résignées.

Pour asseoir durablement son autorité, un ordre étatique gagne à être perçu comme solide, stable, ce qui ne signifie pas immobile mais capable d'évoluer dans la régularité ; et comme respectable aussi, partant comme ancien par quelque côté, légitimé par une tradition ininterrompue qui le relie à des événements mémorables dont il puisse se réclamer. Je pense que c'est ce même besoin qui est à l'œuvre aussi bien dans le traitement que le discours officiel réservé aux révolutions violentes que dans celui qu'il fait subir aux révolutions pacifiques. Ce besoin pousse à nier les discontinuités ou du moins à les masquer par des artifices, quand c'est possible. Or quand le sang coule, parce que les défenseurs de la légalité n'ont pas voulu laisser faire, il n'est plus possible d'effacer la rupture. Mais alors il faut, puisqu'on la montre, se la faire pardonner en l'habillant, en l'ornant. « Il nous dore la guillotine », disait Chateaubriand de Lamartine qui avait gagné une immense popularité par son *Histoire des Girondins*. Il faut surtout présenter la cassure qu'on ne peut cacher comme imposée par une nécessité exceptionnelle. Aussi les régimes s'emploient-ils toujours à déprécier jusqu'à la caricature (comme ont fait les religions) ce qu'ils ont supplanté. Il est naturel que quiconque entend « Du passé fei[r]e table rase » ait besoin de représenter ce passé comme particulièrement odieux et, de plus, impossible à réformer. Si nous voyons, pour notre grand bonheur au théâtre ou au cinéma, Richard III comme modèle achevé de monstre satanique, n'est-ce pas en grande partie parce que Shakespeare écrit sous le règne d'une Tudor, dont le grand-père avait tué Richard, usurpé sa couronne et travaillé à noircir la mémoire du roi ? Et même quand nous ne nous laissons pas influencer par les propagandes post-révolutionnaires, sommes-nous certains que notre esprit ne voit pas tout « ancien régime » à travers la révolution qui l'a vaincu, c'est-à-dire en présumant que ce coup de force en a été

la conséquence non seulement possible, ce qui est évident, mais nécessaire ?

Toute guerre s'accompagne d'une propagande diabolisant l'adversaire, ne fût-ce que pour faire accepter le prix des opérations. La guerre civile ne fait pas exception. Or, même menée par des chefs sérieux, l'insurrection offre, sans le vouloir, à la canaille une occasion rêvée de vandaliser, piller, violer, régler des comptes personnels. On comprend volontiers que plus un régime est tyrannique, plus il suscite le désir de l'éliminer radicalement, mais on ne veut pas voir qu'à l'inverse il est tout aussi vrai que plus une révolution tue et détruit, plus elle a besoin d'avoir été précédée d'un régime tyrannique sans lequel les dommages qu'elle entraîne paraîtraient inexcusables.

En dernière analyse, tout se passe comme si les révolutions proclamées et les révolutions subreptices étaient représentées après coup par un même metteur en scène, selon des techniques opposées mais dans un même dessein de justification.

14. — Ce qui précède nous mène enfin à nous demander si, sous des dehors opposés, ce ne serait pas la même force qui fait les États et les révolutions : si la force qui renverse les régimes n'est pas aussi celle même qui les avait fait durer, avant qu'elle ne change d'orientation.

Les lois d'un régime et les gouvernements qui paraissent à sa tête seraient peu de chose sans l'appui, non pas de la population dans son ensemble, souvent peu active à cet égard, mais de cette partie souvent restreinte de la population qui *fait obéir* à ces lois et à ces gouvernants. C'est-à-dire, essentiellement, la force publique, à laquelle il faut ajouter un nombre variable de simples particuliers qui collaborent avec cette force en l'encourageant ou en l'informant.

Il est une expression courante qui reflète très fidèlement cette réalité : ne lit-on pas souvent dans l'Histoire qu'un chef d'État a été déposé par sa garde prétorienne, par des éléments de l'armée ? S'il est vrai que ceux-ci le déposent, il faut donc croire que ce sont eux aussi qui, jusque là, le portaient. Lorsqu'une constitution dispose qu'elle est garantie par le pouvoir militaire⁽¹⁷⁾, elle ne fait par là qu'exprimer une évidence (la fidélité de l'armée est partout indis-

(17) Tel est ou a été le cas de plusieurs constitutions ibéro-américaines : v. Giuseppe de Verrini, *Diritto costituzionale comparato*, 4^e éd., Padoue, CEDAM, 1993, p. 205.

pensable) en en taisant pudiquement une autre, à savoir qu'aucun régime, *même démocratique*, ne résiste à la défection massive de ceux — souvent une minorité — qui font obéir. Leur adhésion quotidiennement renouvelée est nécessaire pour que force *reste* à la loi.

A lire attentivement le récit des événements qui se succèdent d'heure en heure au cours de ce qu'on appelle une révolution, l'on remarque qu'il s'y produit toujours un fait particulièrement significatif : un moment vient où les hommes dont le ou les titulaires de l'autorité ont besoin pour se faire obéir cessent soudain de défendre le régime : moment où on les appelle encore, mais où ils ne répondent plus, qu'ils se soient ou non déjà mis au service du régime qui monté, c'est-à-dire de celui que leurs semblables mettent en place.

Parfois cet abandon est spontané : ce sont alors ces hommes de main-forte qui en prennent l'initiative; mais c'est assez rare car on a généralement pris soin de les recruter parmi les esprits conformistes et de leur donner une formation qui entretient la fidélité. Le plus souvent, il a fallu qu'une insurrection en élimine quelques-uns pour que les autres se convertissent et se rallient à ce qu'ils avaient commencé par réprimer. Le plus souvent, le succès nécessaire à une émeute pour qu'elle devienne révolution suppose que ces supporters professionnels prennent tôt ou tard le parti des mécontents.

Parfois, enfin, mais c'est le cas le plus rare, ils se font massacrer, comme les Suisses aux Tuileries en août 1792. Mais même dans ce cas extrême, si des hommes disparaissent, leur rôle repris par d'autres acteurs se reconstruit aussitôt, rôle qui est de faire obéir le reste de la population aux lois et aux gouvernants, c'est-à-dire, jour après jour, de *produire la vigueur des lois et le pouvoir des gouvernants*. C'est ce rôle qui reste déterminant et c'est l'attitude de qui que ce soit qui remplit cette fonction qui est à tout moment décisive (il est d'ailleurs bien rare que le régime issu d'une révolution ne réutilise pas, sous des appellations nouvelles, des éléments de l'armée, de la police, de l'administration et de la magistrature du régime renversé). C'est donc ce rôle consistant à faire obéir qui est le vrai siège du pouvoir, en dépit des apparences entretenues en faisant occuper le devant de la scène par d'autres acteurs, à savoir les personnages à *qui* l'on fait obéir.

Ainsi les périodes de troubles ne font que mettre en évidence un pouvoir dont on avait perdu de vue en période de repos que c'était sur lui déjà que tout reposait. Il nous est arrivé à tous, un jour ou

l'autre, de prendre soudain conscience d'une présence parce que quelque chose venait de bouger, alors qu'aussi longtemps que cette même chose ne changeait pas de position, son existence ne nous apparaissait pas. De même la révolution, surtout quand elle est violente, rend visibles, en les déplaçant, des mécanismes dont le fonctionnement n'attirait pas l'attention lorsqu'il était régulier, d'autant qu'on faisait tout pour le rendre discret. On pourrait appliquer à ceux qui, en y faisant obéir, portent le pouvoir, cette expression de Mirabeau (parlant des ouvriers) : « Ils n'ont qu'à se croiser les bras pour montrer leur puissance ».

PARTIE II

Questions à Lucien François
autour du *Cap des Tempêtes*

QUESTION DE GÉRALDINE BRAUSCH

Le nimbe et le jurème

A l'instar de toute démarche critique digne de ce nom, l'approche microscopique du droit que propose *Le cap des Tempêtes* crée des brèches qui soulèvent un nombre considérable de questions. La remise en cause des évidences du discours juridique qu'elle implique passe par la construction d'une nouvelle définition du droit. Or toute définition repose nécessairement sur des présupposés, sur des évidences, sur une modalité singulière de la vérité. Ce sont ces présupposés, ce rapport à la vérité, ceux de la démarche de Lucien François donc, qui m'ont taraudée tout au long de ma lecture et c'est dans cette perspective que je souhaiterais, à mon tour, interroger l'auteur.

Dans la mesure où nos préoccupations, celles de Nicolas Thirion et les miennes, se croisaient largement, nous avons décidé de combiner nos questions afin de tracer plusieurs pistes dans le champ qui nous préoccupait, celui de la vérité. Deux pistes seront pointées par Nicolas Thirion, celle du rapport entre fait(s) et droit(s) et celle du rapport entre l'opposition fait/droit et le nimbe. Je voudrais en pointer une troisième, celle du rapport entre nimbe et jurème. Si Lucien François se donne pour tâche de dégager une essence du droit détachée de toute morale, de toute idéologie, il n'en reste pas moins que la question du rapport entre ces dernières — qui prennent désormais le nom de nimbe — et le jurème se pose à nouveau.

I. — QUELQUES NOTES PRÉLABLES SUR LE TYPE DE VÉRITÉ MIS EN JEU DANS LA MICROSCOPIE DU DROIT

Lucien François se donne pour tâche de (re)définir le droit. Pour ce faire, il change de terme et redéfinit l'objet : abandon du terme *droit*, trop polysémique, pour celui de *jurème*, abandon des phénomènes multiples désignés par le droit entendu dans son sens com-

mun (valeurs morales, images et fictions dont usent les acteurs juridiques, etc.) pour une réalité unique, celle désignée par le jurème. Ainsi, bien qu'il s'agisse de rendre consistante à l'objet droit et au terme droit, on ne parle plus ni avec les mêmes mots ni des mêmes choses. Ou, plus exactement, la réactivation de la démarche juspositiviste et l'affrontement du cap des Tempêtes qu'elle implique (penser à nouveaux frais la frontière entre droit et non droit ou comment encore distinguer entre l'injonction d'un Etat et l'injonction d'un brigand - « La bourse ou la vie ! » - quand le recours au critère de la justice est exclu ?) obligent l'auteur à un « saut » épistémologique, voire ontologique, par lequel le rapport entre les mots et les choses et le rapport entre fait (ce qui est) et droit (ce qui devrait être) sont réévalués. C'est donc bien de la vérité - celle du droit - dont il est ici question.

A la diversité nébuleuse du droit pris dans son sens commun, Lucien François substitue donc un objet unique, sorte d'élément neutre et premier : le jurème. L'auteur pose dès lors l'existence ou l'essence (la question de savoir s'il s'agit de l'une ou de l'autre reste entière) d'un droit pur, dégagé de toutes déterminations/prétentions morales ou idéologiques. Celles-ci, parce qu'elles indiquent de multiples et confuses réalités et parce qu'elles sont fondamentalement illusoires, ne font qu'obscurcir et camoufler l'essence en question. On peut, dès à présent, percevoir un nombre considérable d'interrogations qui sont, finalement, les interrogations classiques de la philosophie. Ainsi, comment passe-t-on d'une multiplicité (d'objets divers, non identiques, complexes et, peut-être, non réductibles les uns aux autres) à l'unité d'un objet définie par l'univocité d'une définition ? Que deviennent ces prétentions confuses que sont les prétentions morales ou idéologiques ? Autrement dit quel statut leur accorde-t-on ? Doit-on les considérer comme de l'illusion, du non-être, du faux ? Et, finalement, quelle conception de la vérité est ici présumée ? Serait-ce une « vérité-correspondance » pour laquelle, en schématisant, un mot correspond à une réalité, un fait unique ?

Par ailleurs, pour procéder à la réduction vers l'essence du droit, Lucien François recourt à une démarche microscopique : sur base d'anecdotes de plus en plus élaborées et complexes, il dégage un constituant ultime, le jurème. Il semble, cependant, que cette essence soit posée *a priori*. N'est-ce pas, en effet, le jurème qui, tel un paradigme, permet, d'une part, l'analyse des anecdotes et,

d'autre part mais préalablement, constitue l'outil, le critère de sélection de ces cas empiriques ? Si tel était le cas, le présumé d'une « vérité-correspondance » qui semblait soutenir l'objectif d'une redéfinition du droit par l'élimination de ses parures morales et idéologiques s'effondre. Admettre que le jurème, élément constituant, est posé *a priori*, tel un axiome, revient à admettre une vérité, une connaissance qui n'est pas du tout de l'ordre de la correspondance mais de la construction. Dans cette nouvelle définition du droit, seraient ainsi engagés non pas des faits positifs ultimes auxquels correspondraient des mots univoques, mais des faits (des anecdotes), des objets (jurémiques en l'occurrence), des mots (le jurème, l'archème, etc.) qui sont les fruits d'une construction.

De manière générale, c'est bien sûr le savoir et sa production qui sont ici interrogés. La démarche microscopique permet d'apercevoir, une fois de plus, la précarité de la position positiviste pour laquelle il y a des faits ultimes et indubitables. Dès lors, la microscopie du droit ne gagnerait-elle pas en force critique (dont elle fournit, par ailleurs, tout le potentiel) à se donner un statut autre : non pas dévoilement neutre et objectif de ce qui aurait été longtemps enfoui (sous les idéologies et la morale), mais construction d'un objet nouveau, corrélat d'une *autre* découpe du monde ?

Cependant, ce n'est point sur des questions épistémologiques et ontologiques aussi larges que je voudrais interroger l'auteur, mais sur les occurrences spécifiques de celles-ci que l'on trouve dans la définition même du jurème. En effet, le résidu ultime de la démarche microscopique - le jurème comme « apparence, produite par un humain, du vœu d'obtenir une conduite humaine, apparence munie d'un dispositif tel que la résistance d'un des destinataires déclenche une pression en sens contraire par menace de sanction » - appelle des développements qui viennent compliquer quelque peu son « originalité » même.

II. - QUELLES RELATIONS ENTRE NIMBE ET JURÈME ?

Tout au long de cette microscopie, Lucien François en appelle au système de notification du jurème - autrement dit, ses techniques de communication. Celui-ci est décomposé en deux fonctions : une fonction de base et des fonctions complémentaires. La fonction de

base de ce système est de communiquer de manière minimale le dispositif de pression qui agit en cas de résistance. Les fonctions complémentaires consistent à renforcer la fonction de base. Pour ce faire - renforcer le dispositif de pression -, l'auteur du jurème peut soit faire peur soit convaincre du bien fondé de son exigence. A ces deux fonctions complémentaires est attachée la *production d'une image* : image du jurème (n° 49), produite essentiellement par l'utilisation d'euphémismes, et image de l'auteur du jurème (n° 50) ou « phénomènes d'auréole et de dégraissement ». Globalement, les fonctions complémentaires sont remplies par la propagande, l'idéologie, la morale, par ce que Lucien François nomme de manière générale le nimbe.

Ainsi, pour ne reprendre que quelques exemples parmi d'autres, dans le cas de la secte (ch. 11), le gourou cache sa volonté propre derrière une norme supérieure dont il dépendrait lui-même. Ce phénomène constitue « une fonction complémentaire du système de notification, par laquelle l'auteur de jurèmes se nimbe de supériorités et de vertus qui engagent à lui obéir » (p. 142). Plus loin, l'effet latéral des sanctions infligées publiquement est également envisagé comme fonction complémentaire du système de notification, puis que « c'est l'image même du maître, émetteur de l'archème, qui est ainsi perfectionnée, en ce qu'elle le fait paraître environné d'un halo impressionnant composé de réminiscences dissuasives » (p. 148). Qu'on voile le pouvoir propre du policier, qu'on laisse planer l'idée d'une volonté unique là où il y a, en réalité, des individus distincts, qu'on donne des noms différents à un même fait selon le pouvoir en jeu (l'extorsion ou l'impôt), qu'on fasse valoir une volonté générale là où il n'y a que des rapports de force, il s'agit à chaque fois de masquer, de camoufler la violence ou même la trivialité du jurème en vue de le rendre plus efficace.

Même Weber, à qui Lucien François accorde que l'Etat soit défini par sa prétention au monopole de la contrainte physique et non par une finalité déterminée, ferait « une concession au discours officiel » lorsqu'il définit la légitimité étatique comme une légitimité de fait. La légitimité, pour notre auteur, est une fiction, un nimbe qui ne peut faire partie de la définition de l'Etat; elle est une simple fonction, complémentaire de surcroît, du système de notification (p. 254).

Dependant, bien que cela se produise généralement lorsque le pouvoir s'inscrit dans la durée (l'exemple ultime étant l'Etat), on trouve dès la première occurrence du jurème - entendez l'anecdote exposant le cas le plus simple - les phénomènes de nimbe. Ainsi, « à bien y regarder », déjà Valentin et Sébastien recourent aux « artifices pour donner une bonne image d'eux-mêmes » : « par leur façon de s'exprimer, Valentin se campe un peu en citoyen dont la liberté d'aller et venir est en cause et le voyou rencontré par Sébastien tempère son cynisme en revêtant l'humble dignité de l'être humain défendant son droit au minimum vital » (p. 93).

D'autre part, l'euphémisme est, d'une manière générale, « presque *inévitabile* dans les discours qui constituent le jurème puisque la fonction de ces discours n'est pas de dire les choses comme elles sont (sauf en ce qu'il faut tout de même que le destinataire comprenne ce qu'on veut de lui), mais généralement d'influer sur la conduite d'autrui » (n° 49). Autrement dit, « que l'auteur du jurème s'exprime de manière tendancieuse, c'est, plus généralement, le *propre* de ceux qui, suivant l'expression de J.L. Austin, 'do things with words' » (p. 97) (1).

Ainsi, qu'il s'agisse de l'image du jurème ou de l'image de l'auteur, les fonctions complémentaires du système de notification du jurème semblent être inévitables, voire essentielles. Premièrement, on rencontre, dès les premières occurrences du jurème, un élément de propagande ou de nimbe. Deuxièmement, l'usage du nimbe est nécessaire à toute personne voulant faire advenir un devoir-être. Lucien François admet la nécessité (2) de ces fictions mais il la réduit aux nécessités de l'expression. La question serait donc ici de savoir si l'on ne peut élargir cette nécessité, si le nimbe ne fait pas partie intégrante du jurème et, dans ce cas, s'il ne doit pas avoir un autre statut que celui de fonction complémentaire dans le système de notification. Dans le cas contraire, la question porterait sur le critère qui permet de distinguer entre jurèmes exigeant un nimbe et ceux n'en exigeant pas.

(1) Le souci de propagande et la nécessité « d'une version officielle » ou « d'expressions tendancieuses » pour les émetteurs d'un jurème ne signifient pas qu'ils « mentent nécessairement ni même qu'ils babillent sciemment leurs exigences » (p. 96) mais qu'ils servent leurs intérêts (qui ne sont pas souvent les mêmes que ceux des récepteurs). Or quel type de jurème ne sert pas les intérêts de son auteur ?

(2) Cf. § 4. « Nécessité de la fiction », p. 297.

Par ailleurs, tout discours scientifique doit, selon Lucien François, prendre distance vis-à-vis des moyens d'expression dont usent ceux qui « do things with words » : « On ne peut faire sérieusement une théorie du droit en acceptant sans examen de parler des lois dans les termes mêmes que celles-ci utilisent. [...] Il faut prendre distance envers [le discours officiel] dans tout commentaire à prétention tant soit peu scientifique » (p. 97). Cependant, si la posture scientifique doit prendre distance et, de ce fait, user de son vocabulaire propre, s'ensuit-il que le discours étudié (« le discours officiel ») doit être relégué au statut de nimbe, d'illusion ? Statut aux contours flous qui laisse entendre que le discours officiel – le discours des émetteurs et des récepteurs – est faux, tandis que le jurème, en tant qu'objet scientifique, serait, lui, vrai. Si, comme le dit Lucien François lui-même, « ce n'est pas condamner ces artifices que de les démonter pour comprendre » (p. 236), n'est-ce pas faire fi d'une réalité, celle des pratiques et usages juridiques (y compris leurs effets), que de réduire ces phénomènes au statut de fonction complémentaire d'un système de notification dans le cadre d'une définition scientifique, celle du jurème en l'occurrence ?

En somme, l'interrogation globale porte sur le statut ontologique du nimbe (présenté comme « masque de la vérité ») dans cette nouvelle version du droit. Est-ce intéressant et tenable de réduire les phénomènes regroupés sous le nimbe à de l'illusion et de les reléguer, à ce titre, dans la sphère du non-être ou de l'erreur ? Ce faux n'a-t-il pas une réalité – sa part de vérité – dans la mesure où il a des effets, où il agit sur le réel ? Aussi, le critère de distinction entre le vrai et le faux et, dès lors, la théorie de la connaissance qui lui est corrélatrice sont-ils satisfaisants ? Ne pouvons-nous pas envisager une autre modalité de la production du savoir qui poserait à nouveaux frais la question du partage entre la vérité et l'illusion, entre le vrai et le faux et, finalement, entre l'être et le devoir être ou le fait et le droit ?

Je résumerai mon propos par trois questions.

→ Question n° 1 : Quel est le critère qui permet de dire que le nimbe ne fait pas partie intégrante du jurème, qu'il ne remplit qu'une fonction complémentaire du système de notification, alors même qu'il semble être une réalité constante, voire inévitable ?

→ Question n° 2 : Dans la perspective où l'on accepte que les phénomènes regroupés sous le terme nimbe soient constituants du

jurème, quel statut peut-on leur donner ? Ne doit-on pas les représenter en dehors des oppositions vrai/faux, réalité/illusion, idéologie, etc. ? N'ont-ils pas leur propre charge de vérité dans la mesure où, outre le fait qu'on les retrouve dans tout jurème, ils ont des effets réels ? Autrement dit, s'il y a une nécessité du nimbe, ne doit-on pas penser à nouveaux frais cette nécessité et du, même coup, ces phénomènes ?

→ Question n° 3 : Dans le cas où l'on accepterait que le nimbe soit constituant du jurème, qu'est-ce qui distingue encore celui-ci du droit tel qu'il est dénoncé par Lucien François – sorte de leurre en ce sens qu'il fait croire à une inclusion de la justice et de la légitimité dans sa définition alors qu'il use de celles-ci comme faire-valoir ?

Réponse de Lucien François à Géraldine Brausch

Avant de répondre à ces trois questions fondamentales, je voudrais m'arrêter à quelques passages du commentaire critique préalable que Géraldine Brausch fait du *Cap des Tempêtes*.

Je me demande s'il est juste de dire que je « pose l'existence ou l'essence [...] d'un droit pur, dégagé de toute détermination/prétention morale ou idéologique », qu'en outre cette essence du droit – le jurème – semble « posée a priori », « tel un axiome », de sorte que je n'aboutirais qu'à « une vérité, une connaissance qui n'est pas du tout de l'ordre de la correspondance mais de la construction ».

En premier lieu, je n'ai pas dit que le jurème était pur, dégagé de toute détermination morale ou idéologique. Le jurème a un contenu quelconque, mais toujours un contenu. Émettre un jurème est une conduite qui confesse au moins implicitement un jugement de valeur (favorable au comportement que ce jurème exige ou défavorable à celui qu'il interdit). Rien ne s'oppose donc à ce qu'un jurème s'inspire de convictions morales ou idéologiques. Cependant les jugements de valeur dont les différents jurèmes s'inspirent sont diversement orientés. Donc aucune morale, idéologie ou valeur déterminée n'est commune à tous, de sorte qu'aucune n'est essentielle à la notion de jurème, abstraction nécessaire pour rendre compte d'un ensemble varié. Il ne faut pas confondre un jurème

concret avec la notion de juré. Dire qu'aucune couleur n'est essentielle à la notion de fleur n'équivaut pas à soutenir que les fleurs sont incolores. Ce n'est pas parce que la notion de juré est abstraite qu'elle ne correspond en rien à la réalité des courants idéologiques qui se manifestent dans le contenu de jurés.

En second lieu, je me demande s'il n'est pas excessif de voir dans le juré un *a priori* qui, tel un axiome, ne serait pas de l'ordre de la connaissance mais de l'ordre de la construction, de sorte qu'il se pourrait que « le présupposé d'une vérité-correspondance qui semblerait soutenir l'objectif d'une redéfinition du droit par l'élimination de ses parures morales et idéologiques s'effondre ». Je m'explique.

Quand une science, faute de pouvoir étudier sérieusement tout à la fois, découpe une portion du réel pour l'analyser, j'admets évidemment que l'objet de l'examen est construit en ce sens que les limites de cet objet résultent uniquement du choix qui a été fait d'isoler telle zone du réel plutôt qu'une autre. Je conviens que le concept de juré procède d'un tel choix (v. les chapitres 5 à 8). Mais pour le surplus, il serait injuste de parler d'*a priori* car si les limites du prélevement examiné sont nécessairement choisies, ce qui se trouve compris entre ces limites n'est pas pour autant fabriqué de toutes pièces ou composé d'une matière créée, comme une terre cuite ou un produit de l'industrie chimique, plutôt que trouvée dans la nature. « Je rends au public ce qu'il m'a prêté », a pu dire La Bruyère à propos des personnages dépeints dans ses *Caractères*, personnages qui n'offraient d'intérêt que parce qu'ils paraissaient vraisemblables et qui le paraissaient parce que chacun d'eux rappelait aux lecteurs plusieurs personnes connues. J'accorde que si mes exemples et mes anecdotes montraient des situations invraisemblables, des événements que ceux qui sont curieux de s'informer du monde passé et présent n'ont jamais connus, on pourrait m'objecter que je n'ai fait qu'analyser de purs produits de mon imagination. Mais j'ai beaucoup veillé à ce que les anecdotes qui, sans prétendre rien démontrer, sont placées en tête des chapitres soient « à la ressemblance de faits qui se produisent fréquemment » (p. 75), autrement dit soient des schémas représentant sobrement des faits courants (sauf peut-être une des initiatives de Maximilien au chapitre 14) et non des caricatures qui les déforment. Or je ne vois pas qu'on ait reproché à ces dessins ou plutôt à ces croquis d'être irréalistes; on a seulement regretté que je les aie souvent exécutés

d'après des modèles pris dans la partie la plus sombre de l'humanité, ce qui est tout différent.

Enfin je ne pense pas que lorsque l'auteur du juré s'emploie à convaincre du bien-fondé de son exigence, il cherche, comme Géraldine Brausch me paraît le dire dans la deuxième partie de son commentaire, à renforcer le dispositif de pression. Le dispositif de pression par menace de sanction est présent dans tout juré mais il n'est pas l'unique objet des efforts de l'auteur du juré. Il ne faut pas réduire le juré tout entier à un procédé d'intimidation. Il est vrai que j'insiste beaucoup sur son aspect contraignant (parce que cet aspect est souvent minimisé dans la représentation courante du droit) mais il ne faut pas perdre de vue que le juré exige « *de gré ou de force* », pour reprendre les termes du titre même de la partie la plus importante de l'ouvrage, et que j'ai placés là afin de rappeler constamment cette dualité.

I. Dans sa première question, Géraldine Brausch me demande « quel est le critère qui permet de dire que le nimbe ne fait pas partie intégrante du juré ».

Il va de soi que le nimbe fait partie intégrante de ceux des jurés où il est présent. Ce n'est pas parce qu'un procédé d'expression fait illusion qu'il est illusion. Aussi la question me paraît-elle devoir s'entendre comme celle de savoir pourquoi le nimbe ne fait pas partie intégrante de la notion de juré, autrement dit pourquoi le nimbe n'est pas mentionné dans ma définition du juré.

Il est vrai que j'ai présenté le nimbe comme étant au juré à peu près ce que la propagande est à la politique : « le droit est action : comment son discours ne serait-il pas tendancieux ? » (*Le cap des Tempêtes*, p. 320).

Cependant c'est assez de définir le juré par une apparence de vœu, une capacité de pression par menace de sanction et une impérativité pour que quiconque lisant cette définition puisse s'attendre à ce qu'un tel phénomène produise un nimbe. Dès lors pourquoi faudrait-il ajouter une mention expresse de celui-ci à la définition ? Quand plusieurs traits d'un type d'objets sont présents dans tous les exemplaires du type, la définition de celui-ci peut ne comporter que certains d'entre ces traits si les autres ne sont que des corollaires de ceux qu'elle mentionne.

Cela dit, s'il est vrai qu'il y a « souvent plus » dans le juré que les éléments de base vœu, pouvoir et impérativité (*id.*, p. 90) et que,

dans les procédés d'expression utilisés par un pouvoir, je vois à l'œuvre « une préoccupation apologetique presque constante » (p. 320), je ne dis nulle part pour autant que le nimbe accompagne *toujours* le jurème. Je m'en suis bien gardé car si, par exemple, quelqu'un de peu respecté émet une exigence odieuse, il a peu de chances de la faire passer, même au moyen d'artifices, comme bonne ou acceptable, il ne peut guère compter que sur l'effet de la menace; s'il est en outre manifestement redoutable, il n'a pas besoin non plus d'artifices pour se faire craindre. Le garde-chiourme armé de son fouet n'aurait qu'à faire d'un nimbe pour accroître l'effet des ordres qu'il hurle aux galériens ou aux bagnards (je préfère prendre loin de nous les exemples où les hommes se montrent cruels car ceux qui nous touchent de plus près risquent davantage de limiter notre liberté d'esprit). A l'extrême opposé, les artifices d'expression sont superflus pour faire valoir celles des règles que tout le monde ou presque respecte volontiers (comme celle qui oblige à déclarer une naissance). Je maintiens donc que le nimbe n'est présent dans le jurème que souvent et non toujours. Or s'il en est ainsi, je me refuse à inclure le nimbe dans la définition du jurème car je pense qu'on devrait s'interdire toute définition contenant des éléments introduits par « souvent », « parfois », « généralement », « sauf exception », « en principe » etc. Certes, l'emploi de telles formules dans une description peut fournir des indices, d'ailleurs imparfaits, qui aident un interlocuteur à trouver ce qu'il cherche; mais les inclure dans des définitions ne servirait qu'à donner une fausse impression de clarté dans les idées car elles ne permettent pas d'éliminer ce qui ne contient pas l'élément ainsi introduit. Ce serait parler pour ne rien dire que de faire une définition ou une théorie qui n'exclurait rien. Il y a lieu de soupçonner une banalité déguisée dans toute théorie qui, grâce à des énoncés contenant des termes dans la définition desquels entrent des mots comme *souvent*, exclut moins qu'elle ne paraît le faire à première vue.

Reste la question de savoir pourquoi je range le nimbe dans les fonctions « complémentaires » du système de notification. La réponse est que, comme je viens de l'illustrer par des exemples, je pense que le nimbe ne fait pas partie (quelle que soit la fréquence de ses apparitions) de la fonction de base de ce système, laquelle est sa « fonction de communication minimale indispensable à la naissance du jurème », celle qui « suffit... pour qu'un destinataire

apprenne que tel comportement de sa part est souhaité et que s'il ne le juge pas de lui-même souhaitable, il lui reste à considérer qu'en cas de résistance, il risque de subir un désagrément » (v. *Le cap des Tempêtes*, n° 48, spéc. p. 89).

II. On peut dire, comme Géraldine Brausch dans sa deuxième question, que j'accepte que les phénomènes regroupés sous le terme nimbe soient constituants du jurème, puisque ces phénomènes font partie du système de notification et que celui-ci est un élément du jurème (*Le cap des Tempêtes*, n° 44 et suiv.). Mais j'hésiterais à dire qu'ils aient « leur propre charge de vérité dans la mesure où [...] ils ont des effets réels » ou que, comme le suggère l'introduction à la question, on doive se demander si « ce faux n'a [...] pas une réalité — sa part de vérité — dans la mesure où il a des effets, où il agit sur le réel ».

Non seulement je reconnais que le nimbe a des effets réels, mais je pense qu'il est lui-même un fait et que celui-ci, pour être un fait psychique, n'en est pas moins réel. Cependant il ne s'ensuit pas qu'il soit *vrai*. Ce sont seulement les énoncés sur les faits qui peuvent être vrais ou faux (selon qu'ils correspondent ou non au réel; dans quelle mesure cette correspondance est vérifiable est une autre question). Les faits eux-mêmes ne sauraient être ni vrais ni faux, ils sont ou ne sont pas. Si l'on use d'artifices cherchant à donner d'une réalité une image avantageuse ou même fausse, ces artifices sont eux aussi des faits réels mais ce n'est pas parce qu'il est vrai que ce sont des artifices réels qu'ils peuvent eux-mêmes être qualifiés de vrais. Il n'y a donc aucune contradiction entre considérer comme vrais des énoncés qui parlent de l'existence du nimbe et comme faux des énoncés auxquels ce nimbe nous incite à croire.

Notons encore que le nimbe ne tend pas seulement à influencer sur nos jugements de réalité relatifs à la nature et à la force d'un pouvoir ou relatifs à notre intérêt à obéir à celui-ci; il nous suggère aussi des jugements de valeur favorables à ce même pouvoir et à ses exigences. Ces jugements de valeur peuvent être approuvés ou contestés mais non comme vrais ou faux. En effet, les jugements de valeur, parce qu'ils prétendent dire ce qui doit être et non correspondre au réel en disant ce qui est, ne me paraissent pas susceptibles d'être vrais ou faux.

III. Troisième question : « Dans le cas où l'on accepterait que le nimbe soit constituant du jurème, demande enfin Géraldine

Brausch, qu'est-ce qui distingue encore celui-ci du droit tel qu'il est dénoncé par L. François — sorte de leurre en ce sens qu'il fait croire à une inclusion de la justice et de la légitimité dans sa définition alors qu'il use de celles-ci comme faire-valoir ? »

Il faut distinguer la justice ou la légitimité invoquées dans des messages jurémiques que nous examinons de la justice et de la légitimité entendues selon les jugements de valeur que nous posons nous-mêmes (et que j'écarte des concepts de jurème, d'archème, d'agrégat, d'Etat et de droit que j'utilise pour faire la théorie du droit). Quand le droit (pour faire bref, je me remets à employer ce terme approximatif) porte sur lui-même des jugements de valeur, nous voyons ceux-ci de l'extérieur et nous devons être capables de les considérer à certains moments sans nous demander si nous les partageons. Ils ne sont plus alors que des faits psychiques observés. En les constatant, nous ne nous y associons pas plus que l'ethnologue, en relevant qu'un peuple valorise la soumission, le sacrifice ou le duel, ne porte lui-même de jugement sur ces comportements. Il faut savoir à la fois « se mettre à la place » des autres en pensée et rester soi-même.

Reste la question de savoir ce qui distingue encore du droit le jurème, quand celui-ci comporte le nimbe.

Si Géraldine Brausch suggère par cette question que l'ensemble des jurèmes (en ce compris le nimbe que la plupart utilisent) lui rassure en me coïncidant avec ce qu'on appelle le droit, elle me rassure en me confirmant implicitement par là que c'est bien du droit que j'ai fait la microscopie, comme le projet en est annoncé dans le sous-titre (*Essai de microscopie du droit*) du *Cap des Tempêtes*. Mais la vision du droit que je propose ne correspond pas pour autant à celle qui est reçue. Il reste essentiel de repérer le nimbe, de l'isoler, de le tenir à l'œil, parce qu'il y a une énorme différence entre une vision du droit qui distingue dans celui-ci deux parties, à savoir un nimbe et une partie nimbée, et une vision du droit soumise au nimbe. Sur cette vision-ci, le nimbe opère, au lieu que l'autre le regarde opérer tout en résistant à son influence.

QUESTION DE NICOLAS THIRION

Savoir juridique et souci de vérité

Les rapports que le droit entretient avec la vérité sont de ceux qui peuvent susciter le plus d'interrogations, voire de perplexité. En hommage à Lucien François, que le « souci de vérité »⁽¹⁾ ne cesse de tararder, nous voudrions articuler ici une réflexion qui, partant d'un des traits apparemment les plus caractéristiques de la soumission du savoir juridique à la vérité — à savoir la distinction entre le fait et le droit —, s'efforcerait d'opérer une connexion avec l'un des concepts récurrents du *cap des Tempêtes* : le nimbe. S'établirait ainsi un lien entre deux préoccupations qui parcourent l'ensemble de l'ouvrage de Lucien François : l'une, ponctuelle, consistant à déconstruire certains aspects d'une dualité admise pour ainsi dire unanimement par la communauté des juristes, afin d'en démontrer la valeur toute relative ; l'autre, plus générale, s'attachant à identifier, dans le fonctionnement de ce que, pour faire bref, l'on pourrait appeler « le système jurémique », les artifices de tous ordres visant à masquer le jurème dans sa vérité première.

Dans un premier temps, nous souhaiterions en effet radicaliser les développements de Lucien François relatifs à la réductibilité de la dichotomie fait/droit, afin d'en souligner, par une manière de paradoxe apparent, tout à la fois l'inanité sur le plan intellectuel et le caractère néanmoins essentiel dans l'établissement du régime de vérité propre aux discours juridiques (I). Dans un second temps, il conviendra de se demander si cette composante déterminante du régime de vérité en droit que constitue la distinction entre le fait et le droit est susceptible d'entrer dans l'élaboration et le fonctionnement de ce que Lucien François appelle « nimbe » (II). Cela nous conduira à formuler, en guise de conclusion, une double interrogation.

Pour opérer ce rapprochement, que nous voudrions « instructif »⁽²⁾, entre la distinction fait/droit dans sa généralité et le nimbe,

(1) Deux fois au moins, Lucien François emploie cette expression dans son ouvrage *Le cap des Tempêtes* (pp. 35 et 266).

(2) Pour reprendre le qualificatif de DUSCHKEIN, lui-même repris à son compte par Lucien François (*op. cit.*, p. 37).

nous userons d'un certain nombre d'outils conceptuels et d'intuitions qui, pour l'essentiel, procèdent des travaux de Michel Foucault. Lui, que le « souci de la vérité »⁽³⁾, voire le « courage de la vérité »⁽⁴⁾, ne laissait pas indifférent, a pu en effet indiquer un certain nombre de voies par lesquelles il est possible d'examiner, au moins sous un certain angle, le rapport que le savoir juridique a noué avec la vérité.

I. — LA DISTINCTION ENTRE LE FAIT ET LE DROIT : DU POINTILLISME DU CAP DES TEMPÊTES À L'HYPOTHÈSE CONSTRUCTIVISTE

S'il est une opinion très largement admise dans le cénacle des juristes, c'est bien celle qui établit une séparation étanche, au moins à titre de principe, entre le monde des choses, des êtres et des faits, d'une part, et celui du droit, d'autre part — séparation qui rejoint, à bien des égards, la distinction kelsenienne du *Sein* et du *Sollen*. Dans la mise en œuvre du droit, il importerait toujours de prendre acte, dans un premier temps, du complexe de faits à l'occasion desquels l'application de la norme juridique est, d'une manière ou d'une autre, sollicitée, avant de procéder, dans un second temps, à cette application même. Avant d'être un discours prescriptif, le discours juridique doit, toujours selon cette opinion communément admise, passer par une étape forcément descriptive, qui permet de faire le point sur la réalité concrète des faits tels qu'ils se sont déroulés. Telle est, fondamentalement, la signification de la distinction du fait et du droit, qui va ainsi bien au-delà des nécessités du prétendu syllogisme judiciaire : pour le juriste, il y a une réalité factuelle qui doit d'abord être décryptée et dont il doit restituer fidèlement les contours, avant d'enclencher le dispositif normatif en cause.

(3) C'est même le titre de deux articles donnés par Foucault, l'un à la mort de l'historien Philippe Ariès (*Le Nouvel Observateur*, n° 1006, 17-23 février 1984, pp. 74-75, repris in *Dis et Mots*, t. II, Gallimard, coll. *Quarto*, t. II, pp. 1465 et s.), l'autre à l'occasion de la sortie des tomes II et III de l'*Histoire de la sexualité* (entretenu avec F. Ewald, *Magazine Littéraire*, n° 207, mai 1984, pp. 18-23, repris in *Dis et Mots*, t. II, *op. cit.*, pp. 1487 et s.).

(4) V., à cet égard, son analyse de la *parhêsia* grecque lors de sa dernière année de cours au Collège de France (cons. également, à ce sujet, F. Gros (éd.), *Foucault. Le ouvrage de la vérité*, Paris, PUF, 2002).

L'un des aspects les plus intéressants du *cap des Tempêtes* réside, précisément, dans la remise en cause de l'absolutisme de cette distinction. On voudrait d'abord brièvement rappeler les principales atteintes portées par Lucien François à cette dichotomie (A), avant d'esquisser ce que pourrait être une radicalisation de cette remise en cause (B).

A. — La distinction entre le fait et le droit dans Le cap des Tempêtes

Lucien François aborde en effet à plusieurs reprises dans son ouvrage cette distinction, afin d'en souligner le caractère éminemment relatif. Pour ce faire, il s'attache à montrer que l'ordre des faits est souvent investi des exigences formulées par le droit même — ou, pour reprendre sa terminologie, par le jurème et les différents messages qui le constituent ou le préparent —. Ce que l'on appelle « fait », ce n'est pas, dans les diverses occurrences qu'il relève, l'identification d'une réalité qui aurait été recueillie dans sa pureté « juridique » ; cette réalité, ou présentée telle, le système juridique l'a au contraire *déjà* construite, modelée, malaxée : en ce sens, la distinction fait/droit n'est, dans les différentes hypothèses relevées, rien moins que dogmatique. A cet égard, quatre techniques traduisant cette intrusion même du système juridique dans l'ordre des choses peuvent plus particulièrement être relevées.

D'abord — et ceci paraîtra de prime abord peu novateur —, la technique de la fiction, quoique souvent décriée dans nos droits modernes⁽⁵⁾, réalise ouvertement cette perversion du fait par le droit. L'originalité du propos de Lucien François tient toutefois à ce qu'il range sous cette catégorie, dont l'utilisation parconieuse est pourtant recommandée en raison même de l'atteinte qu'elle porte au principe, proclamé avec tant de déférence, de la distinction fait/droit, des éléments qui sont rarement présentés sous cet angle. Ainsi, les techniques de l'annulation avec effet rétroactif ou, en sens inverse, de la validation *a posteriori* sont présentées pour ce qu'elles sont : une réécriture pure et simple de la réalité⁽⁶⁾. De la même manière, l'affirmation de la permanence de groupements, appelés

(5) O. CAZALA, « Le jeu de la fiction entre 'comme si' et 'comme ça' », *Droits*, 1995, n° 21, pp. 3 et s. Comp. l'usage très extensif que le droit romain a fait de cette technique in Y. TROMAS, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 1995, n° 21, pp. 17 et s.

(6) *Le cap des Tempêtes*, *op. cit.*, pp. 174 et s. et 186 et s.

« personnes morales », dont la constitution change pourtant sans cesse, y compris ce groupement suprême que figure l'Etat, revêt une dimension fictionnelle marquée (7). Parfois même la fiction s'avère-t-elle nécessaire, compte tenu de l'extrême complexité qui résulte-rait de la volonté de décrire aussi exactement que possible une situation déterminée (8). Bref, l'empire de la fiction est beaucoup plus étendu dans l'univers juridique que le discours traditionnel (ou « officiel », pour reprendre un adjectif qu'affectionne Lucien François) pourrait le laisser accroire.

Ensuite, de manière moins éclatante peut-être, la substitution, au sens commun des mots, d'un lexique spécifique, s'incarnant dans un langage juridique, réalise aussi cette incursion du discours du droit dans l'appréhension même des faits : les notions juridiques, l'affectation à certaines réalités d'une « nature » juridique, l'octroi de certaines qualités, qui ne sont que des « fragments d'expression de jurèmes collés sur les êtres et sur les choses » (9), attestent de cette atteinte supplémentaire à l'étanchéité de la dichotomie fait/droit (10). La mise en mots, le cas échéant techniques, de la réalité, avant toute intervention de la dimension strictement prescriptive du droit, se trouve dès lors immédiatement affectée par le savoir juridique.

Par ailleurs, la forme hypothétique et ses équivalents, qui se répandent dans les messages préparatoires des jurèmes, au fur et à mesure que le système jurémique se complexifie, favorise l'avènement de ce que l'on a appelé parfois des « faits juridiques », entendant par là que certaines conséquences de droit peuvent être tirées d'un fait déterminé, alors qu'une analyse plus fine de la situation permet de mettre en lumière la circonstance que c'est la volonté même de l'auteur d'un jurème, du maître d'un archème ou de l'*imperator* d'un agrégat dominateur (11) qui, seule, permet d'attacher telle conséquence à tel fait. En somme, comme l'écrit Lucien François, « l'artifice (délibéré ou instinctif) consiste ici à faire qu'on se sente gouverné par des faits impersonnels, par l'inexorable force des

(7) *Le cap des Tempêtes*, op. cit., p. 226.

(8) *Le cap des Tempêtes*, op. cit., pp. 237 et s. (quant à la représentation de l'*imperator*).

(9) *Le cap des Tempêtes*, op. cit., p. 120.

(10) *Le cap des Tempêtes*, op. cit., pp. 117 et s.

(11) Dans cette dernière hypothèse il est vrai, il s'agit d'une volonté « conventionnelle » ou construite après coup, compte tenu de l'extrême difficulté qu'il y aurait à rendre compte des changements constants qui courent sous cette figure fictive que représente, à titre de nimbe (*infra*, II), l'*imperator*.

choses, plutôt que par les volontés discutables de quelques hommes » (12).

Enfin, examinant le travail du juge au service d'un agrégat dominateur et, en particulier, d'un Etat, Lucien François décrit notamment la manière dont se construit, dans l'hypothèse juridictionnelle, l'établissement des faits, lequel ne peut se concevoir sans un certain nombre de procédures (en particulier en matière de preuves), seules admissibles au regard du droit. En dehors de ce carcan procédural, il ne peut se concevoir d'autre narration factuelle — ce qui souligne une fois encore la relativité de toute distinction entre le fait et le droit —.

Au fil des pages du *cap des Tempêtes*, se dessine ainsi, en pointillés en quelque sorte, une mise en cause de cette distinction du fait et du droit si familière au juriste. N'est-il pas concevable, toutefois, de radicaliser cette position ?

B. — La distinction entre le fait et le droit dans l'hypothèse constructiviste

N'est-il pas possible, en effet, de considérer que l'étanchéité de la distinction du fait et du droit est nécessairement illusoire dans sa globalité, dès lors qu'entre l'ordre des faits et l'ordre du droit, vient s'insérer ce que Foucault appelait « l'ordre du discours » (13) ? La réalité des faits ne se présente jamais dans son intégrité première, dans sa pureté originelle ; elle s'exprime nécessairement dans les mots et si le droit est action, il est aussi — et peut-être surtout — discours. Dans sa fonction d'appréhension des faits, le droit n'est au fond qu'une vaste entreprise de qualification, qui consiste à nommer les choses et les êtres d'une certaine manière. Comme tous les autres discours ? Sans doute, à ceci près que, lors de cette étape de mise en mots de la réalité, le locuteur d'un discours juridique prétendra qu'il ne fait qu'exprimer dans sa nudité la situation factuelle sur laquelle il s'appuie. Or, quelle mise en garde nous est adressée par Foucault au moment de décrypter les diverses instances discursives logées dans une société donnée à un moment donné ? « (...) Ne pas s'imaginer que le monde tourne vers nous un visage lisible que nous n'aurions plus qu'à déchiffrer ; il n'est pas complice de notre

(12) *Le cap des Tempêtes*, op. cit., p. 127.

(13) M. Foucault, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971.

connaissance (...). Il faut concevoir le discours comme une violence que nous faisons aux choses, en tout cas comme une pratique que nous leur imposons; et c'est dans cette pratique que les événements trouvent le principe de leur régularité»⁽¹⁴⁾. En somme, ce qui est en cause dans cet ordre du discours, ce n'est rien moins que la connaissance et son rapport aux choses : « La connaissance ne peut être qu'une violation des choses à connaître, et non pas une perception, une reconnaissance, une identification de celles-ci ou à celles-ci »⁽¹⁵⁾. Il y a déjà dans les mots utilisés pour évoquer une réalité une « énergie conflictuelle »⁽¹⁶⁾ qui décourage toute prétention à saisir les faits et les choses dans leur pure objectivité.

Dans cette perspective, il n'est pas aberrant de penser que le discours juridique construit lui aussi les faits sur lesquels il lui est demandé de statuer. Mais, rétorquera-t-on, n'est-ce pas précisément ce que Lucien François enseigne déjà, s'agissant des qualifications liées à des notions juridiques ou à des termes auxquels le droit attache un sens technique précis (tels « immeuble » ou « escroquerie »)⁽¹⁷⁾? Certes; toutefois, il serait concevable, nous semble-t-il, d'élargir encore l'analyse et d'admettre que même des qualifications qui ne sont pas à proprement parler juridiques, au sens où l'entend l'auteur du *cap des Tempêtes*, mais qui n'en sont pas moins indispensables pour la mise en œuvre du droit peuvent, en raison de l'impossibilité de leur attacher une signification aux contours toujours précis et incontestables, emporter une véritable opération décisive qui, seule, confère au fait la coloration qui permettra de lui assigner ensuite une solution juridique déterminée.

De multiples illustrations de ces opérations décisives ponctuent le fonctionnement des droits étatiques. Ainsi, compte tenu des progrès de la médecine et des biotechnologies, ce qu'est la mort – seul au-delà duquel des prélèvements d'organes peuvent être opérés – ou un corps humain – désormais de plus en plus vaste machinerie produisant des matières organiques pouvant faire l'objet

⁽¹⁴⁾ M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, op. cit., p. 55.

⁽¹⁵⁾ M. FOUCAULT, « La vérité et les formes juridiques » (version originale : « A verdade e as formas jurídicas », cycle de conférences données à l'Université pontificale catholique de Rio de Janeiro du 21 au 25 mai 1973) in *Dis et écrits*, op. cit., t. I, pp. 1406 et s., spéc. p. 1414.

⁽¹⁶⁾ Pour reprendre l'expression que BARTHES emploie à propos de la fonction de l'adjectif qualificatif dans le discours (R. BARTHES, *Le Neutre. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Seuil/IMEC, 2002, p. 88).

⁽¹⁷⁾ Cfr. supra, A, l'exposé de la deuxième technique permettant à Lucien François de relativiser la distinction du fait et du droit.

de certains types d'échanges –, c'est, en dernière instance, au locuteur du discours juridique de le déterminer pour résoudre le problème qui lui serait éventuellement posé, le cas échéant en s'appuyant sur l'objectivité prétendue du discours médical⁽¹⁸⁾. De même, lorsqu'il s'agit de déterminer si le militaire Paul Touvier était coupable de crimes contre l'humanité, lesquels postulent, selon la Cour de cassation de France, qu'ils fussent perpétrés *au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique*, les juridictions pénales ont bien dû se pencher sur la question de savoir si le régime de Vichy appelait cette qualification, qui n'a, de prime abord, rien de juridique, mais ressortit plutôt au domaine du savoir historique, voire politique. Dans un secteur moins délicat, lorsqu'il s'agit de savoir si les règles de concurrence et donc, la logique de marché qui les sous-tend, doivent s'appliquer, il convient d'abord de vérifier si l'on a affaire à une activité « économique »⁽¹⁹⁾; or, là encore, cette qualification « préjuridique » de la réalité est indispensable et c'est du choix de cette qualification que dépendra l'extension ou non de la logique de marché à certains rapports sociaux. Dans les grands débats qu'alimentent actuellement les questions de la mondialisation et de la marchandisation, on omet ainsi trop souvent de citer la part substantielle qu'y prennent les juristes, dès lors que la soumission d'une activité donnée au dispositif concurrentiel dépend en grande partie de l'opération préalable de qualification de cette activité comme « économique ». De sorte que « toute qualification se ramène à un fondamental acte d'évaluation, c'est-à-dire consiste à donner le nom non pas qui 'revient' à la chose, mais que 'mérite' la chose, ou encore qui 'convient' non pas à la chose elle-même, mais au sort qu'on veut lui faire subir en vertu de déterminations fonctionnellement politiques (...) »⁽²⁰⁾. En somme, « il n'est pas de *narration* des faits envisageable (...) qui ne s'accompagne d'une immanquable *reconstruction*, dans la forme d'une *hystoria* »⁽²¹⁾. L'entreprise de qualification porte ainsi en elle virtuellement ce qui est présenté comme n'advenant qu'au moment de l'application de la norme juridique aux faits retracés.

⁽¹⁸⁾ A ce sujet, v. M. LACROIX, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, EPFL, 2002, spéc. les chapitres VI et VII.

⁽¹⁹⁾ V. les articles 81 et 82 du traité CE et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à ces dispositions.

⁽²⁰⁾ O. CAVALA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1983, n° 18, pp. 3 et s., spéc. pp. 9-10.

⁽²¹⁾ O. CAVALA, loc. cit., p. 11.

Dans cette perspective, la nette séparation affirmée par la communauté des juristes entre le fait et le droit ne rend pas compte du rôle fondamental de la volonté d'un bout à l'autre du processus d'application des normes juridiques. Au sein de ce qui est présenté comme étant de l'ordre des faits, de l'être, du descriptif, il y a *jours déjà* à l'œuvre celui du droit, du devoir être, du prescriptif. Ce que Lucien François a mis en lumière, grâce à son approche microscopique, à propos de certaines techniques utilisées par le droit, ne pourrait-on dès lors le généraliser et dénier ainsi à la dichotomie fait/droit *dans son ensemble* toute vertu explicative du fonctionnement interne au discours juridique ?

Mais alors, s'étonnera-t-on, pourquoi cette distinction est-elle, aujourd'hui encore, si souvent présente à l'esprit des juristes, sans que celle-ci soit soumise au feu de la critique, à la différence de ce que réalisent si heureusement les passages du *cap des Tempêtes* cités plus haut ? C'est peut-être qu'elle est essentielle à ce qu'on pourrait appeler « le régime de vérité du discours juridique ». Ici encore, Foucault, dans la lignée de Nietzsche⁽²²⁾, a souvent insisté sur le caractère mythique d'une vérité qui existerait « en soi » et qu'il serait possible de saisir dans son éclat originel ; la vérité est une production, qui se crée au moyen de procédures ou d'instruments admis par chacun des différents savoirs constitués, en ce compris le savoir juridique. La vérité n'est pas un absolu ; elle est un critère de validation donné. C'est en se situant à l'*intérieur* d'une formation discursive ou d'un savoir alors voir la production de vérité à l'œuvre.

En l'occurrence, en adoptant ce point de vue, en quoi la distinction du fait et du droit participe-t-elle du régime de vérité du savoir juridique ? C'est qu'en se présentant comme modestement assujéti à la « vérité » nue des faits, alors qu'il joue un rôle déterminant dans la construction de ceux-ci, le locuteur d'un discours juridique rend plus aisément acceptable et légitime l'intervention de cette « alliance omniprésente de la douceur et de la violence »⁽²³⁾ que figure le jurème ou, pour revenir au vocabulaire traditionnel, le droit, dans la conception de Lucien François. Cette distinction, qui accredit l'idée d'une subordination du droit et de ses « collaborateurs » à une

⁽²²⁾ Sur cette filiation, v. F. P. ABOURIO, « La tâche de l'intellectuel : le modèle sacré » in F. Gros (éd.), *Foucault. Le courage de la vérité*, op. cit., pp. 35 et s., spécialement pp. 38-39.

⁽²³⁾ *Le cap des Tempêtes*, op. cit., p. 46.

instance prétendument extérieure et représentative de la « vérité » (« les faits »), concourt ainsi à sa légitimation.

On pourrait se demander si la radicalisation de la remise en cause de la dichotomie fait/droit ainsi esquissée et l'explication avancée de la persistance de cette dichotomie dans la dogmatique juridique pourraient être approuvées par l'auteur du *Cap des Tempêtes*.

Si c'était le cas, une interrogation n'en surgirait pas moins immédiatement alors. En effet, se présentant d'abord – et avant tout – comme serviteurs de la vérité, c'est-à-dire comme simples transcrits d'une réalité factuelle s'imposant à eux, les différents collaborateurs d'un « système jurémique » donné acquiescent sans doute de la sorte une légitimité plus grande aux yeux des destinataires des messages émis à l'intérieur de ce système. En cela, la distinction entre le fait et le droit n'est pas sans rapports avec le concept de « nimbe », tel que celui-ci participe au fonctionnement du système décrit par Lucien François. Or, ce rapport mérite, nous semble-t-il, d'être brièvement analysé.

II. – LA DISTINCTION ENTRE LE FAIT ET LE DROIT ET LE NIMBE

La distinction entre le fait et le droit, en tant que composante du régime de vérité du savoir juridique, ne pourrait-elle pas, en effet, participer à l'élaboration et au fonctionnement de ce que Lucien François appelle « nimbe » ? Si l'on pense pouvoir répondre par l'affirmative (A), encore faut-il énumérer les principales difficultés d'une telle assimilation (B).

A. – *La distinction entre le fait et le droit : une nouvelle occurrence du nimbe ?*

Sans avoir défini, à proprement parler, le nimbe dans le glossaire qui clôt son ouvrage, Lucien François ne consacre pas moins de nombreux développements, disséminés à travers *Le cap des Tempêtes*, à cette figure. En résumé, le nimbe renvoie à une multitude d'artifices destinés à produire une image avantageuse des jurèmes et de ceux qui les émettent⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ *Le cap des Tempêtes*, op. cit., glossaire, V° *Système de notification*, pp. 325-326.

Compte tenu de cette approche très générale de la figure du nimbe, on peut effectivement gager que la distinction du fait et du droit, telle qu'on vient d'en formuler une analyse critique, peut y être assimilée. Du reste, certaines des manifestations relevées à ce sujet par Lucien François dans son ouvrage et rappelées ci-avant⁽²⁵⁾ sont explicitement rangées dans la sphère du nimbe⁽²⁶⁾. Dès lors, pourquoi ne pas procéder, ici aussi, à une généralisation et estimer que la distinction du fait et du droit, dans sa fonction de composante du régime de vérité du savoir juridique, « nimbe » ceux qui collaborent activement au fonctionnement d'un système jurémique donné ?

Si pareille assimilation ne pose guère de difficultés, nonobstant l'indétermination foncière de tout ce que peut recouvrir cette figure par définition évanescence que représente le nimbe, une double interrogation n'en doit pas moins être soulevée alors.

B. — *Fait et droit, nimbe et vérité*

Première interrogation : à partir du moment où le nimbe est présenté comme un florilège d'artifices destinés à donner une image avantageuse du jurème ou de son (ses) auteurs, on pourrait supposer qu'il a au moins partie liée, si ce n'est avec le mensonge, tout au moins avec un certain travestissement d'une réalité particulière : le jurème. En somme, dans le couple jurème-nimbe, qui intervient dès les premiers pas de l'approche microscopique (v. le cas de la « mauvaise rencontre »), il y aurait, d'une part, une réalité ou, en tout cas, une découpe de celle-ci, qui constituerait la vérité d'un certain type de rapports sociaux, et, d'autre part, un procédé artificieux appelé à masquer⁽²⁷⁾ tout ou partie de cette réalité ou de cette découpe : la vérité nue du jurème, d'un côté ; l'artifice délibéré du nimbe, de l'autre. Comment comprendre alors, sans verser dans la contradiction, le constat que la distinction du fait et du droit est à la fois partie prenante du régime de vérité du savoir juridique et artifice, le cas échéant mensonger, dans le cadre du système jurémique ? C'est que, comme on l'a rappelé ci-avant⁽²⁸⁾, le jeu du vrai et

⁽²⁵⁾ *Supra*, I, A.

⁽²⁶⁾ V. par ex., à propos de la nullité et de la validation *a posteriori* : *Le cas des Tempêtes*, op. cit., pp. 175-176 et pp. 186-187.

⁽²⁷⁾ Dans les deux sens du terme : aussi bien cacher que travestir.

⁽²⁸⁾ *Supra*, I, B.

du faux ne se déploie qu'à l'intérieur d'un discours déterminé : que la distinction fait/droit participe, au sein même du savoir juridique, du jeu de la vérité n'empêche pas, lorsque l'on se place sur un autre plan discursif – et c'est en se situant *hors* du discours juridique proprement dit que Lucien François peut procéder aux analyses contenues dans *Le cas des Tempêtes* –, d'en mettre en exergue le caractère fallacieux ou simplement artificieux. En ce sens, la contradiction supposée peut être surmontée.

Mais une seconde interrogation vient alors à l'esprit : d'où parle donc Lucien François, lorsqu'il démêle en quelque sorte la *vérité* du jurème de l'*artifice*, parfois même du *mensonge*, du nimbe ? Dans quel système de production de vérité se situe-t-il lui-même pour procéder à cette classification ? A moins que l'interprétation que l'on vient de faire du couple jurème-nimbe soit elle-même erronée. Il serait alors intéressant de préciser plus avant les rapports du jurème et du nimbe avec le jeu du vrai et du faux...

Il nous semble donc que le rapprochement des deux problèmes évoqués dans cette contribution – remise en cause de la distinction entre le fait et le droit et place du nimbe dans le système jurémique – permet de dégager plusieurs problématiques intéressantes. On retient ci-après les deux principales pour interroger Lucien François :

a) *Peut-on radicaliser la remise en cause de la distinction entre le fait et le droit opérée de manière apparemment parcelleuse dans Le cas des Tempêtes ?*

b) *Cette distinction peut-elle entrer, en tant que procédé artificieux travestissant la vérité du jurème, dans l'élaboration et le fonctionnement du nimbe ?*

Réponse de Lucien François à Nicolas Thirion

Les deux questions que nous venons d'entendre étant très liées, permettez-moi de les joindre et d'y répondre par un même ensemble de considérations afin de ne pas trop me répéter.

Nicolas Thirion observe que je remets en cause à diverses occasions le caractère absolu de la distinction du fait et du droit familière au juriste. Il repère, parmi de nombreux exemples, au moins

quatre aspects sous lesquels cette distinction est critiquée dans *Le cap des Tempêtes*. Après avoir ainsi analysé ce que je fais à ce propos, il s'étonne de ce que je ne fais pas : alors que cette remise en cause prend dans l'ouvrage une place dont il s'attache à montrer l'importance, il remarque que je ne l'expose nulle part en termes tout à fait généraux et que je préfère m'en tenir à tout moment à ce qui est nécessaire pour examiner l'aspect particulier de la distinction qui se rencontre à ce moment. Et je reconnais qu'au lieu de faire une bonne fois dans son ensemble la théorie de cette remise en cause, je ne la dessine qu'« en pointillés », pour reprendre l'expression imagée mais juste de Nicolas Thirion. Pourquoi, me demande-t-il, ne pas pousser plus loin ? « N'est-il pas concevable [...] de radicaliser cette position » et « de considérer que l'étalement de la distinction du fait et du droit est nécessairement illusoire dans sa globalité ? » Et de montrer, vous l'avez entendu, la direction dans laquelle la radicalisation ainsi suggérée pourrait être menée.

Radicaliser ? Je le veux bien en un sens — je dirai tout à l'heure lequel — mais je ne crois pas pouvoir le faire dans le sens indiqué par Nicolas Thirion, quelque tentante que puisse être la direction qu'il invite à suivre. En effet, dans les exemples qu'il relève en lisant *Le cap des Tempêtes* comme dans ceux qu'il produit lui-même, il me semble que ce qui est contestable n'est pas tant la distinction elle-même du droit d'un ordre juridique et du fait à propos duquel ce droit se prononce, qu'une application plus ou moins tendancieuse et en tout cas aberrante de cette distinction par un discours jurémique qui fait passer pour un fait extérieur ce qui en réalité est déjà son œuvre, camouflée sous cette apparence. Une des raisons qui m'ont poussé à écrire *Le cap des Tempêtes* a été que, comme l'analyse du discours judiciaire le montre autant que celle du discours politique, les « décideurs », sachant fort bien que toute décision risque d'être contestée ou du moins exposée son auteur à d'embarrassantes demandes de justification, tendent d'instinct à se prémunir contre la responsabilité de leurs choix en s'avançant sous le couvert de prétendus faits indiscutables et en imputant à la nature des choses ce qui est décisif. Il y a là une prestidigitation dont ce n'est pas refuser d'admirer l'ingéniosité que d'étudier les tours variés et les divers trucs. Les exemples choisis par Nicolas Thirion illustrent bien ces phénomènes et je souscris pleinement à son analyse selon laquelle ils relèvent de ce que j'appelle le nimbe.

Cependant tout cela ne signifie pas qu'un juge se leurre nécessairement lorsqu'il déclare qu'il veut chercher à savoir « ce qui s'est réellement passé » avant de qualifier juridiquement les faits qui lui sont apparus. Il peut se livrer à cette opération préalable sans artifice et sans illusion, sans prendre ses conjectures pour des certitudes, en sachant et en avouant qu'il est bien forcé, puisqu'il doit finir par juger, de procéder à ce moment *comme si* l'état présent de ses connaissances était fiable.

Il est vrai qu'on voit, comme le suggère Nicolas Thirion, reconstruire la notion de mort dans l'intérêt d'une politique qui souhaite avancer le moment du décès afin de prélever utilement des organes, mais dans d'autres cas où le droit parle aussi de la mort (à propos des successions, du mariage, de l'adoption etc.), il me paraît le faire de manière plus innocente. Ce n'est pas parce que les artifices que nous avons relevés sont fréquents que le droit y recourt fatalement. Je répugne à passer du « le plus souvent » au « nécessairement ». C'est pourquoi j'assume le « pointillisme » dont je suis taxé. Je connais la tentation de passer du pointillé au trait continu mais y céder serait manquer à cette maxime de prudence « qui inspire, comme l'écrit Bertrand Russell, toute philosophie scientifique, à savoir le raisonnement : *Il ne faut pas multiplier les entités inutilement* »⁽²⁰⁾. Car ce qui est vrai des entités ne l'est pas moins des théories ; je n'ai pas besoin, pour démontrer les artifices du discours juridique, de recourir à l'affirmation radicale qui m'est suggérée, mais qui risque d'être dogmatique, selon laquelle « la connaissance ne peut être qu'une violation des choses à connaître », des lors que pour rendre compte des effets de nimbe auxquels je m'intéresse, une explication moins audacieuse, qui risque moins d'être excessive, suffit. Le jurisme ne fournit donc pas un champ d'observation assez vaste pour fonder une théorie de la connaissance aussi générale que celle qui est esquissée par Nicolas Thirion, même si je dois convenir que j'y adhérais peut-être s'il indiquait plus nettement où passe la limite, s'il y en a une, de cette contestation de notre connaissance du monde extérieur.

Je voudrais parler enfin, comme je l'ai annoncé tout à l'heure, d'une autre façon de distinguer le droit du fait. C'est l'opinion extrême selon laquelle le droit est étranger au monde des faits : bien

⁽²⁰⁾ B. RUSSELL, *La méthode scientifique en philosophie* - Notre connaissance du monde extérieur, trad. Ph. DEVAUX, Paris, Payot, 1971, p. 119.

que le droit existe, qu'il ne soit pas un mythe, il serait *ailleurs* (ce qui aurait entre autres pour effet de le mettre hors de portée de certaines exigences de la méthode scientifique, supposées ne valoir que sur un autre plan).

Cette fois ce n'est plus le fait qui est vu là où il n'est peut-être pas, mais le droit.

Je pense notamment à la distinction kelsénienne du *Sein* et du *Sollen*, à laquelle Nicolas Thirion a fait allusion. Je ne conteste évidemment pas que le droit pose un devoir être; mais pour Kelsen, le droit ne pose pas, il est un devoir être, il ne se situe pas dans le domaine de l'être, de la réalité étudiée par les sciences de la nature; il n'est pas un fait, même pas un fait psychique ou social; il est irréductible au *Sein*. Cette thèse me semble une version radicale et admirablement sophistiquée d'une intuition répandue chez les juristes. Il est significatif que quand un ordre juridique use de son pouvoir d'étanchéité en refusant toute relevance à un autre ordre juridique, par exemple à un régime révolutionnaire qui a supplanté un pouvoir que le premier ordre tenait pour « légitime », celui-ci exprime souvent ce refus en niant la juridicité de l'ordre nouveau et, pour la nier, le qualifie de « pouvoir de fait ». Quand Durkheim disait que le droit est un fait social comme les autres, bien des juristes ont cru entendre une sorte de blasphème.

L'existence d'un *Sollen* juridique (distinct du *Sollen* moral) irréductible au *Sein* n'est rien moins qu'évidente, de sorte qu'elle ne pourrait être établie que par une inférence, fondée sur la nécessité logique de supposer un tel *Sollen* pour que ce qui nous paraît indubitablement exister soit possible. En guise de démonstration, Kelsen allègue l'impossibilité de rendre compte des notions d'obligation et de devoir en termes de faits, même de faits psychiques ou sociaux. Or j'observe que chaque fois qu'on parle d'un devoir, il existe un vouloir contemporain, de même contenu. Chaque fois qu'on peut dire que quelqu'un doit adopter un certain comportement, *il y a* quelqu'un aussi qui est en train de vouloir impérativement que ce comportement soit adopté. Faisons ici abstraction de la question de savoir si ce quelqu'un peut être nous-même (quand nous pouvons dire, comme Faust, *Zwei Seelen wohnen ach! in meiner Brust*), car cette question concerne le devoir moral et nous parlons ici du devoir juridique.

On peut donc logiquement concevoir l'hypothèse selon laquelle le devoir serait un être de fait, plus précisément serait un vouloir capable de peser (fait psychique et social), vouloir non pas considéré du point de vue de celui qui veut, mais vu d'en face, c'est-à-dire du point de vue de celui dont est voulu impérativement une conduite déterminée, conduite que pour cette raison l'on déclare due. L'expression anglaise *to be expected to do something* me paraît dans cette hypothèse une définition parfaite du devoir. Sans doute celui-là qui exige pense-t-il souvent y être lui-même contraint par de bonnes raisons, mais si ni lui ni personne d'autre ne les faisait valoir, nul ne dirait qu'on doit adopter la conduite en cause. En revanche, s'il n'avait aucune bonne raison à avancer, il dirait néanmoins qu'on doit le suivre et les destinataires de ses exigences pourraient eux-mêmes le dire tout en déplorant la pression dont ils sont l'objet (« Je dois payer un impôt injustifié »).

Je n'affirme pas dogmatiquement qu'une conduite due n'est rien de plus qu'une conduite voulue impérativement par quelqu'un. Je dis seulement que cette hypothèse ne peut être écartée : qu'il n'est pas vrai qu'il soit *impossible logiquement* de rendre compte du phénomène juridique et de ses effets en termes de faits; que par conséquent l'explication du devoir être par un *Sollen* irréductible au *Sein* n'est pas indispensable comme le soutient Kelsen. Je n'exclus pas qu'elle soit vraie : je dis seulement qu'elle ni évidente, ni démontrée par une nécessité.

une part de la réalité à étudier. Du moins, est-ce ainsi que j'avais compris, à l'époque, la notion de « doctrine » : le discours des juristes est ainsi intégré au droit ou, dans les termes du « Cap des tempêtes », le droit-III semble faire partie du droit-I.

Mais plus encore que mon incompréhension, c'est l'incompréhension de mes camarades d'étude à l'égard de la mienne propre qui me posait le plus de problème : il me semblait que j'étais le seul que cela tracassait vraiment et, comme j'ai du mal à m'imaginer avoir raison tout seul, j'en ai conclu qu'il me manquait une clef particulière pour comprendre cette science fascinante mais ésotérique.

Je me suis d'emblée retrouvé plus à l'aise au sein d'une discipline — la sociologie — dont le projet me paraissait être celui d'un « dévoilement » : retrouver derrière les discours, et les représentations ordinaires, derrière le « sens commun », comme nous disons souvent, la *réalité des rapports sociaux*.

Je retrouve, dans « Le cap des tempêtes », un projet qui me semble être de cet ordre : tenter de faire s'évanouir le « sens commun » des juristes, pour qui il y a une normativité spécifique au droit, en ramenant celle-ci, tout simplement, à l'imperativité d'un commandement accompagné d'une menace de sanction. S'il n'y a pas de différence essentielle entre les menaces du pirate et celle d'Alexandre, alors, les querelles sur la normativité du droit s'évanouissent.

Mais ces difficultés, que j'ai voulu éviter en contournant le droit, on les retrouve aujourd'hui dans mon propre domaine. La sociologie du « dévoilement » est aujourd'hui contestée, en partie à juste titre, me semble-t-il.

Une nouvelle génération de sociologues dénonce la prétention de leur discipline à imposer sur la réalité sociale un savoir qui serait « plus fort » que celui des acteurs, c'est-à-dire un savoir qui se donnerait pour ambition d'enlever à l'acteur ses « illusions » sur les réalités sociales auxquelles il participe. Cette nouvelle sociologie, que l'on appelle parfois « pragmatique », adresse à la sociologie du dévoilement une objection que, l'on pourrait sans doute, très schématiquement résumer de la manière suivante : « *dans toute société, les individus ne peuvent entrer en relation que sur base d'une compétence à interpréter les attitudes des uns et des autres; ils disposent tous, en fait, d'une sociologie. Ce savoir est éventuellement différent de celui des professionnels par sa moindre complexité mais non par sa nature. Au*

QUESTION DE MARC JACQUEMAIN

Que pense l'équipage ?

« *Vous ne vivez pas le droit* », c'est le sens de la protestation pathétique adressée par Nicolae Ceaucescu à ses « juges » et futurs exécuteurs, protestation dont l'absurdité, sur les images filmées, n'échappe qu'à son auteur (pas même à son épouse, qui a compris beaucoup plus vite la nature de ce qui était en train de se jouer). C'est aussi l'image, qui, à mes yeux, symbolise le plus dramatiquement l'ensemble des questions que l'on peut se poser sur la « nature » du droit.

J'ignore si des juristes ont commenté cet événement de ce point de vue. S'ils l'ont fait, et s'ils l'ont fait en nombre suffisant pour que les différentes positions sur la question soient exprimées, il est probable que l'on aura vu apparaître à ce sujet, au moins en filigrane, les grandes questions qui sont posées dans « Le cap des tempêtes ».

Je ne suis pas juriste et je n'ai découvert l'ouvrage du Professeur François que six semaines environ avant ce colloque. Il ne faut donc pas attendre de moi une savante question sur la définition du droit, mais plutôt un regard décalé. Il n'est pas impossible, d'ailleurs, que cela soit en partie ce qui m'a valu l'honneur de participer à la présente discussion.

Cependant, je ne suis pas totalement novice sur ce sujet et peut-être un mot de mon parcours éclairera-t-il le point que je voudrais l'enseignement de philosophie du droit que le Professeur François dispensait alors en seconde candidature et c'est entre autres cette expérience qui m'a convaincu, à l'insu de l'enseignant, je le précise d'emblée, que j'étais sans doute mieux fait pour la sociologie. J'avais en effet un problème d'incompréhension presque métaphysique à l'égard d'une discipline, le droit, supposée étudier un phénomène social, le droit encore (déjà cette homonymie est révélatrice), mais qui exige de considérer son propre discours sur le sujet comme

nom de quel référent extérieur le professionnel peut-il décider que sa propre sociologie est supérieure, au savoir commun nécessaire à la construction des relations sociales ? »

Ce que consacre cette conception, c'est donc « l'immanence » en quelque sorte, du discours sociologique, qui est mis sur le même pied que le discours des acteurs. Il s'agit d'une épistémologie qui repose sur la continuité entre savoir social courant et savoir sociologique plutôt que sur la coupure entre les deux.

Cette épistémologie a ses avantages et ses inconvénients, et il n'est pas question ici d'en faire une doxa. Toutefois, elle présente un intérêt particulier pour la pratique, c'est que la validité des propositions sociologiques n'y est plus dépendante du seul accord de la communauté scientifique, elle s'évalue également à la manière dont ces propositions font sens pour les acteurs eux-mêmes : c'est ce que cette sociologie appelle « *épreuve de pertinence* ».

Pour l'analytique du jurème, l'épreuve de pertinence par excellence, c'est en premier lieu la capacité pour l'ensemble de la construction de donner un sens à l'activité des juristes, donc des « experts en systèmes de notification » dont parle « *Le cap des tempêtes* », même s'ils ne sont pas, loin s'en faut, les seuls à avoir des choses à dire sur le droit. Je m'interrogerai donc sur la relation entre le droit-I, d'une part, et le droit-III, de l'autre, c'est-à-dire la discipline consistant à étudier le premier et donc à « *interpréter les lois pour fonder des décisions* » (page 298).

Dès lors que ceux qui « disent le droit » introduisent une fiction de cohérence dans leur activité, que reste-t-il de fictif dans cette cohérence ? Quelle est l'épreuve de vérité susceptible de permettre aux acteurs de décider que, derrière l'apparence de cohérence, il y a en réalité une « *collection de cercles d'exigence entrelacés et d'agrégats présents ou virtuels* » ? Si les « experts en notification » sont convaincus, en totalité ou dans leur immense majorité, que l'Etat constitue une réalité autre que ces agrégats, y a-t-il une « force de rappel » du réel susceptible de les détromper ?

Poser la question ainsi, c'est supposer qu'il est utile – et possible – de définir le droit comme une réalité « indépendante » des représentations de ceux qui le pratiquent ou qui le vivent. Sur cette question, il y a peut-être une possibilité de pousser plus loin la démarche du professeur François.

En effet, le jurème, matériau de base de tout l'édifice, dépend de la perception des acteurs puisqu'il est « *apparence de vue* » (page 42). L'importance des apparences est d'ailleurs régulièrement rappelée dans l'ouvrage. Mais au fur et à mesure que l'ensemble s'agence, le matériau de base disparaît à la vue et ce que nous observons, c'est une vaste cathédrale. Tout le pari de l'ouvrage est précisément de montrer que cette cathédrale construite à partir de matériaux peu familiers à la plupart des juristes est en fait le « *droit* » tel qu'ils le voient.

Mais imaginons maintenant le juriste confronté, d'emblée, à la totalité de l'édifice, qu'il ne peut embrasser du regard et qu'il ne peut même espérer connaître un jour dans tous ses recoins. Il n'est pas évident pour lui que la normativité de l'ensemble s'épuise dans la normativité, assez évidente, des jurèmes qui le constituent. Il ne peut aboutir à cette conclusion qu'au prix d'une *longue et patiente déconstruction*. Un peu comme il fallut une longue et patiente déconstruction pour découvrir des « *particules élémentaires* » derrière la continuité de la matière. Ne serait-il dès lors pas logique d'admettre que si le jurème ne peut être défini en totale indépendance par rapport à la perception des acteurs, le droit ne peut être défini en totale indépendance par rapport aux perceptions de ceux qui le pratiquent ?

C'est ici qu'intervient l'épreuve de pertinence et la question que je voudrais poser au Professeur François : *quel peut être le sens de l'analytique du jurème pour la pratique des juristes et quels effets peut avoir sur cette pratique l'adoption du point de vue défendu dans « Le cap des tempêtes » ? Et plus radicalement, ce point de vue peut-il « faire sens » pour l'activité quotidienne de ceux qui sont chargés « d'interpréter » la loi ?*

Et si cette question est jugée hors de propos, alors le « Cap des Tempêtes » n'est-il pas fondé, non seulement sur une conception « *naturaliste* » du social, mais plus essentiellement encore, sur une pure « *éthique de la vérité* » qui suppose nécessairement un jugement de valeur initial ?

Réponse de Lucien François à Marc Jacquemain

Après m'avoir demandé si le point de vue de « l'analytique du jurème » pouvait « faire sens » pour l'activité quotidienne de ceux qui sont chargés d'interpréter la loi, Marc Jacquemain ajoute pour terminer : si la « question est jugée hors de propos, alors *Le cap des Tempêtes* n'est-il pas fondé sur une pure « éthique de la vérité » qui suppose nécessairement un jugement de valeur initial ? »

Permettez-moi de répondre à cette question avant d'en venir à la question principale. Oui, je confesse sans hésiter un jugement de valeur initial en faveur du souci de vérité ou, pour parler plus modestement, un jugement de valeur selon lequel il importe par dessus tout d'être dupe le moins possible des illusions, à commencer par celles qui sont cultivées et entretenues dans le monde qui nous entoure. Certes, la science, entendue comme activité cognitive s'astreignant à la rigueur, doit s'abstenir de jugements de valeur car ceux-ci ne peuvent nous aider ni à connaître ni à comprendre, mais ce n'est pas faire déjà de la science que de choisir d'en faire et partant de vouloir s'astreindre à une telle discipline, car il n'existe pas plus de démonstration scientifique de l'intérêt de la science que de démonstration mathématique de l'intérêt de faire des mathématiques.

Quant à savoir dans quelle mesure la pratique des juristes peut s'accommoder de « l'analytique du jurème », je devrais en toute rigueur me borner à répondre qu'il est trop tôt pour le dire et que d'ailleurs je n'avais pas à me laisser entraver par cette préoccupation car l'histoire des sciences montre que bien des avancées théoriques ont été accomplies sans savoir et même sans chercher à savoir quelles seraient leurs applications pratiques. Il arrive souvent que celles-ci n'aient lieu que beaucoup plus tard et de façon inattendue.

J'ai néanmoins abordé un aspect de la question dans l'Épilogue du *Cap des Tempêtes*, en y concédant que le langage ordinaire reste suffisant pour les besoins de la pratique quotidienne (p. 314). Et un autre aspect dans l'introduction à l'exercice que j'ai présenté sur les rapports qui peuvent exister entre la révolution et le droit : lorsqu'on veut traiter, sans y consacrer un livre entier (comme l'exigerait la méthode microscopique aussi longtemps que celle-ci n'est pas familière à la plupart des lecteurs), une question qui pose l'un ou

l'autre problème théorique plus exigeant que les besoins de la pratique quotidienne, doit-on exclure toute attitude intermédiaire entre l'approximation commune et la haute précision ? Autrement dit, de la lourde machinerie nécessaire pour passer le cap des Tempêtes, ne peut-on utiliser que tout ou rien ? Ne pourrait-on régler la lunette d'approche de manière que l'objet observé se trouve grossi, non plus au maximum, mais à un degré moindre qui ne fasse pas totalement disparaître l'image familière du droit, tout en rendant plus distincts les éléments qui la composent ? J'ai tenté de montrer qu'on le pouvait dans mon travail sur « La révolution selon le droit » (*supra*, p. 111).

J'en viens aux autres aspects de la question principale de Marc Jacquemain. Observons d'abord que la représentation en partie mythique que les juristes se font souvent des choses du droit, représentation censée nécessaire pour leur pratique, n'est pas constante. Elle connaît des crises. Sur tel ou tel point, elle cesse un beau jour de convenir, même aux praticiens, et certains proposent alors d'en changer pour une nouvelle représentation qui n'est peut-être pas moins mythique que la précédente mais qui le paraît moins parce qu'elle est plus opportune ou plus proche des idées en vogue à ce moment. On croirait alors voir un peintre du temps du Greco et de Velasquez disant à ses élèves : « Ne dessinez donc plus le nimbe comme un disque ou un cercle suspendu au-dessus de la tête du saint, c'est dépassé, c'est vieux jeu ; désormais le nimbe doit être figuré comme un rayonnement partant de cette tête même, *cela fait plus vrai* ». Innovation que seuls sans doute des peintres particulièrement inventifs et consacrés pouvaient se permettre.

Or pour remplacer des illusions usées par des illusions neuves et qui fonctionnent mieux, il est impératif de recourir à des illusionnistes sans illusion. De même, dans ces moments dont j'ai parlé ou la représentation du droit est en crise, le besoin se fait sentir de recourir, un peu comme on le fait pour les grosses réparations d'une machine compliquée, à des opérateurs qui ont réfléchi sur ce qu'on leur a enseigné et ne se bornent pas à le reproduire en appliquant des recettes avec une fidélité aveugle. Opérateurs qui, par conséquent, ne s'engluent pas comme les esprits superficiels dans les artifices traditionnels et familiers mais modernisent ceux-ci en restant conscients que ce sont des artifices. On peut participer à une mise en scène sans en être dupe. Celui qui entreprend de la perfectionner radicalement ne peut y arriver s'il reste subjugué par elle au lieu de

se dédoubler de manière à comprendre le mécanisme du charme qui par moments opère même sur lui.

Un bel exemple de ces esprits superficiels qui s'empêtrèrent pour insuffisance de théorie se voit chez ces juristes qui prétendent rénovier la notion de personne morale en opposant à une théorie ancienne, dite de la fiction, théorie réputée dépassée, une théorie, naïvement dite de la réalité de la personne morale, qui est en réalité la plus mythique des deux. On en a vu même qui plaidaient en faveur d'une responsabilité pénale des personnes morales sans s'apercevoir qu'ils réalisaient par là tout simplement une responsabilité pénale collective, qu'ils auraient jugée contraire à leurs principes s'ils avaient vu ce qu'ils faisaient.

Plus généralement, nous devons nous demander avec Marc Jacquemain « quel peut être le sens de l'analytique du jureme pour la pratique des juristes », « chargés d'interpréter la loi ». Je réponds que le juriste, dans les moments où il est « chargé » d'interpréter la loi, ne remplit plus une fonction de savant s'efforçant de comprendre ce que font les interprètes (comme devraient le faire les professeurs de droit et comme un observateur des jeux peut satisfaire une curiosité intellectuelle qui le pousse à faire une théorie du jeu). Il exerce alors une fonction d'acteur dans laquelle il « joue le jeu », c'est-à-dire prend des décisions en poursuivant un objectif qui n'est plus de savoir et de comprendre. Il utilise à cette fin une sorte de « savoir » pratique, ensemble de représentations conventionnelles dont certaines sont sans valeur pour la théorie du droit en général et propres à un ordre juridique déterminé dans lequel ce juriste se place et fonctionne. Les conditions à remplir par une activité intellectuelle pour être utile à une action déterminée dont l'objectif n'est pas celui de comprendre ne sont pas les mêmes que celles qui poursuivent cet objectif. Je ne dis pas qu'elles soient inférieures, mais qu'elles sont différentes. Un même esprit peut se soucier tantôt des unes, tantôt des autres, comme un juge posant sa robe après avoir donné à une décision la motivation la plus propre à la faire accepter dans un milieu déterminé peut, sur ce qu'il a fait en jouant ainsi un rôle, s'adonner librement à une réflexion critique exempte des préjugés, des tournures officielles, des naïvetés, des confusions et des à peu près en vigueur, auxquels il vient de sacrifier par conscience professionnelle (je devrais peut-être dire par inconscience professionnelle). Je ne pense pas non plus qu'au moment où ce même juge reprendra

la robe, il sera gêné par la réflexion indépendante qu'il vient de mener, pas plus qu'un acteur ne joue nécessairement mal et « sans conviction » parce qu'il écrit par ailleurs sur le théâtre.

Je trouve particulièrement intéressante l'image de la cathédrale, que Marc Jacquemain utilise pour me demander si « le droit [...] peut être défini en totale indépendance par rapport aux perceptions de ceux qui le pratiquent », alors que ceux-ci ne se livrent pas nécessairement à la longue et patiente déconstruction nécessaire pour repérer la présence du jureme en tout lieu où il se trouve, de même qu'à la vue d'une vaste église le matériau de base et ses agencements n'apparaissent pas immédiatement.

Je n'aurais pas tant parlé du nimbe, si je pensais que le droit peut être appréhendé sans tenir compte des perceptions de ceux qui le pratiquent. Mais en tenir compte n'est pas s'y soumettre ou s'y enfermer. Revenons à cette cathédrale. Qu'y voyons-nous ? Des guides répétant à des touristes plus ou moins crédules que ces hautes colonnes et ces tours élancées expriment l'élan de la foi ; que ces voûtes sont nervurées avec élégance ; qu'on a préféré, comme plus gracieux, tantôt ces arcs en plein cintre, tantôt ces arcs brisés ; que ce transept figure les bras du Christ en croix (ce qui est impropre car il existe une explication technique qui rend mieux compte du fait que les petites églises n'ont pas de transept et que plusieurs des grandes en ont deux). Or si nous visitons l'édifice en compagnie d'un connaisseur, nous découvrons — dans le dessin des arcs, la courbure des voûtes, le tracé des nervures, la forme et la disposition des claveaux, l'appareillage des pierres, la distribution des masses — des choix opérés par une pensée extrêmement technique, celle de bâtisseurs aux prises avec les conditions de résistance des matériaux, les contraintes de la pesanteur et l'ambition très humaine de défier celle-ci par des prouesses. Cette pensée n'exclut ni le désir de produire un effet esthétique, ni le souci de signifier ou de symboliser, mais elle ne leur laisse qu'une marge réduite.

Ainsi l'impression produite au premier regard par une vue d'en-semble du monument — impression peut-être nécessaire pour qu'il remplisse sa fonction — est-elle assez éloignée de ce qui est présent à l'esprit aux moments où celui-ci s'interroge, analyse, compare, mesure et raisonne. Mais je ne crois pas que ces états mentaux s'excluent nécessairement, que pour être pleinement sensible à cette

impression il faille en oublier le mécanisme, ni que pour sentir l'effet recherché sur l'âme des fidèles il faille absolument cesser de voir avec les yeux de l'esprit ce qu'il a fallu faire pour le produire.

QUESTION DE PAUL MARTENS

Le savant et le juge

Lucien François répond à l'avance à celui qui reprocherait au positivisme d'encourager la cécité du juge et d'autoriser la connivence avec tous les pouvoirs, fussent-ils totalitaires : il rappelle que le justitiviste peut se doubler d'un moraliste qui applaudit à ce qu'on résiste à des lois injustes par la désobéissance (p. 321). Quand le savant est aussi un juge, comment peut-il assumer cette schizophrénie intime et peut-il garantir l'étanchéité de ses deux fonctions ?

Réponse de Lucien François à Paul Martens

Schizophrénie ? J'espère qu'après ma réponse, le diagnostic soit moins inquiétant et s'arrête à une affection plus bénigne : une allergie à la confusion des fonctions comme des idées.

On appelle *justitivisme* plusieurs attitudes très différentes. Or je n'en assume qu'une, celle qui consiste à identifier le droit sans recourir à aucun jugement de valeur. Il s'ensuit que je conçois le droit comme un moyen de réaliser des fins bonnes ou mauvaises, « un instrument susceptible de servir à tout » (ce sont les derniers mots du *Cap des Tempêtes*). Je suis donc opposé à ce prétendu justitivisme qui considère l'obéissance au droit et la collaboration avec celui-ci comme un devoir moral, quel que soit le droit en vigueur. Je l'appellerais plutôt un légitimisme conformiste. D'ailleurs l'expression « collaborer avec le droit », prise à la lettre, n'a pas de sens : on collabore avec un ordre juridique déterminé, non avec ceux qui lui sont opposés, donc jamais avec « le droit » tout court. Quant à la moralité de la collaboration, elle dépend de la plus ou moins grande conformité de l'ordre juridique déterminé qui en béné-

ficie à la morale; elle ne saurait être déduite du caractère juridique de cet ordre.

Parmi les collaborateurs d'un ordre juridique, il faut compter les juges. Ceux-ci en effet, qu'ils en aient conscience ou non, sont toujours les organes d'un ordre juridique déterminé, celui qui les institue, celui qui jour après jour donne et fait exécuter les ordres sans lesquels ils n'auraient pas leur pouvoir, celui enfin de qui il dépend que les juges conservent ce pouvoir et leur inamovibilité. Le savant au contraire, même lorsqu'il étudie et enseigne le droit d'un ordre juridique déterminé, peut le faire sans collaborer, avec le même détachement que s'il enseignait l'histoire du droit ou le droit comparé. Les professeurs de droit ne sont pas toujours de cet avis : on en voit beaucoup se comporter en quasi-juges, c'est-à-dire raisonner *de sententia ferenda* comme s'ils se mettaient à la place des cours et tribunaux qu'ils critiquent, imputant abusivement à la science une démarche intellectuelle qui, même ornée d'érudition, est proprement décisoire et non purement cognitive.

Il suit de là que, s'il a le goût des idées claires et distinctes, celui qui s'adonne à la science du droit et qui par ailleurs remplit une fonction judiciaire doit se garder de confondre ces deux activités, qui n'ont pas le même objet, et partant de les exercer dans le même esprit.

Ainsi le juge, collaborateur d'un ordre juridique déterminé, ne doit pas se croire exempt de la responsabilité morale de cette coopération. Le problème très important que pose Paul Martens se présente lorsqu'un juge doit appliquer une loi injuste sans pouvoir la corriger par une interprétation (bien que les textes et les combinaisons de textes autorisent souvent plusieurs solutions). Doit-il collaborer ou non ?

Le problème peut devenir si aigu que ce juge doive se demander s'il ne ferait pas mieux de renoncer à ses fonctions. Cela nous paraît évident lorsqu'il s'agit, par exemple, des juges chargés d'appliquer les lois racistes du régime de Vichy, mais à des degrés divers ce problème peut se présenter en tout temps. Toutefois il est rarement apparent. L'histoire montre que le refus de collaborer se manifeste rarement par une démission : il se dissimule parfois dans des argumentations, abusivement qualifiées d'*interprétations*, dont les procédés permettent de dire *à importé quod*, et si peu rigoureuses que la loi prétendument interprétée y est en réalité trahie (ce qui, d'un

point de vue moral, ne peut se juger de la même façon quel que soit le régime auquel cette forme de résistance s'oppose discrètement).

Il est intéressant d'observer les diverses démarches intellectuelles empruntées pour rendre cette responsabilité morale supportable. La plus courante semble être de se juger excusable parce que la coopération avec un régime contestable permet de corriger ou d'atténuer ses défauts, alors qu'en cas de refus de coopérer l'on serait remplacé sans doute par quelqu'un de plus dangereux. Une autre justification consiste à penser qu'aucun régime n'est parfait et qu'un ordre étatique, si imparfait soit-il, vaut toujours mieux que le désordre. Je ne parle que des juges qui se posent des questions fondamentales : chacun sait que certains esprits sont tout simplement incapables de voir les injustices d'un système dès lors qu'ils y participent.

Cependant ces problèmes moraux ne sont pas le propre de ceux des juges qui s'adonnent par ailleurs à la théorie du droit : ils se posent pour tous. Et ce n'est certainement pas l'adhésion à une théorie juspositiviste (au sens que j'ai précisé) qui les aggrave, car cette conception du droit est une de celles qui conduisent le moins à présumer que le droit est juste ou à se laisser aveugler par une quelconque prétention à la légitimité (non moins présente dans le discours des États les plus indignes que dans celui des plus respectables).

Je voudrais ajouter enfin que la question de savoir comment, quand le savant est aussi un juge, il peut garantir l'étalement de ses deux fonctions, ne se pose pas seulement sur le plan moral, mais aussi sur le plan scientifique. A cet égard, il s'agit de savoir non pas si la fonction du savant gêne celle du juge, mais si la fonction de juge risque d'altérer la qualité de celle du savant. Quand un professeur commente devant ses étudiants ou dans une revue, au nom de la science, autrement dit en se présentant comme astreint à la rigueur, des décisions judiciaires que lui-même a par ailleurs prises (en qualité de juge) ou provoquées (en qualité de membre du ministère public, d'avocat, etc.), dispose-t-il d'une entière liberté de jugement et d'un esprit critique intact ?

sous-officiers lançant des cris vers des troupions manipulant des fusils, plutôt qu'un homme élégant, en habit noir, faisant des gestes plus ou moins gracieux vers des hommes et des femmes jouant d'instruments de musique.

La question vient d'autant plus facilement à l'esprit du lecteur qu'elle en rejoint une autre, plus générale, et qui concerne l'en-semble du livre. Pourquoi à peu près toutes les anecdotes mettent-elles en scène des « méchants » ? S'il s'agit seulement d'illustrer que l'innimication, comme d'ailleurs toute menace d'avoir à subir un mal, peut venir de n'importe qui, d'un « méchant » autant que d'un « bon », et que l'intention n'y change rien, mieux vaudrait choisir des exemples aussi neutres que possible. Ou, à défaut d'une neutralité difficile à trouver, ne suffirait-il pas, pour faire voir que l'instrument de la menace peut être mis au service du bien comme du mal, de montrer que les mêmes souffrances sont infligées par ceux qui veulent faire le bien autant que par ceux qui cherchent à faire le mal. Pour montrer cela, les exemples abondent.

C'est pourquoi j'en viens à penser que le choix effectivement fait pourrait bien avoir une autre raison d'être que l'explication donnée à la page 111. Car s'il est vrai que le droit est souvent associé à l'Etat, qui, lui-même, l'est souvent au concept d'intérêt général, le meilleur moyen de faire voir que le droit peut être mis au service d'une cause injuste autant que juste est de montrer qu'il est arrivé et arrive encore souvent que des Etats, anciens et généralement considérés comme les plus respectables, établissent des règles en vertu desquelles des crimes, parmi les plus abominables, sont commis. Personne n'en doute plus aujourd'hui et c'est même une des raisons qui, depuis un bon demi-siècle, ont fait perdre au juspositivisme étatique une bonne partie de son crédit.

Aussi bien peut-on s'interroger sur le véritable dessein de ce recours systématique au *bad man* dans la plupart des exemples.

Serait-ce seulement parce que l'auteur veut illustrer lui-même la recommandation, deux fois faite, qu'il convient de réfléchir aux sociétés humaines en ne se contentant pas d'observer les braves gens et ceux qui les imitent (p. 94) mais, au contraire, en prenant soin d'y inclure des êtres que l'on n'accepterait pas de fréquenter (p. 147).

S'il s'agit seulement de souligner que tout droit fait le mal parce qu'il fait souffrir, quel profit y a-t-il à montrer assez systématique-

QUESTION DE PIERRE GOTHOT

Le régiment ou l'orchestre ?

Le texte suivant pourrait être substitué à la plus grande part du deuxième alinéa de la page 115 :

Verrait-on les musiciens exécuter si bien une symphonie si le personnage qui semble jouer de cet immense instrument qu'est l'orchestre en faisant divers signes et gestes plus ou moins amples, n'avait été précédé de ceux qui ont appris aux musiciens encore jeunes la notation musicale, la façon de battre la mesure et d'indiquer l'intensité du son, et si ce personnage, reconnaissable par la situation qu'il occupe, ne décomposait encore ses indications, tantôt pour alerter les exécutants qu'ils vont avoir à jouer, tantôt pour leur signifier qu'arrive le moment précis de le faire.

Pour expliquer que des ordres doivent être préparés, et qu'il est nécessaire d'apprendre à les comprendre pour les exécuter correctement, un orchestre jouant une symphonie n'est-il pas un exemple aussi évocateur et aussi juste que celui d'un régiment se livrant à un exercice d'infanterie ?

Les musiciens doivent, comme les fantassins, et même plus et mieux qu'eux, « se préparer progressivement à une exacte obéissance, laquelle est le moyen le plus sûr d'éviter une sanction ». Certes, souvent, les musiciens ont aussi le souci de bien jouer et ils éprouvent parfois du plaisir à participer à un beau concert. Mais les membres d'un orchestre n'en savent pas moins que, s'ils jouent maladroitement ou distraitemment, une sanction peut les frapper, qu'elle peut aller jusqu'à les écarter de l'orchestre et les priver de leur salaire. Aussi bien se préoccupent-ils d'obéir. Beaucoup le font volontiers, de bon gré, certains le font de force, notamment lorsqu'ils doivent jouer des œuvres qu'ils n'aiment pas ou suivre un chef dont ils ne partagent pas les choix d'interprétation.

Pourquoi alors préférer l'exemple d'une troupe de fantassins à celui d'un orchestre ? Fait-on mieux comprendre les nécessités techniques des jurèmes en faisant voir comment agissent des officiers ou

ment qu'il est un instrument pouvant tomber dans les mains des méchants et qui y tombe même assez souvent ?

La réponse est peut-être que l'auteur a le dessein de montrer aux « bons » qui mettent l'intimidation au service du « bien », qu'ils se placent dans une position difficile. Les « bons » éprouvent, en effet, plus de difficulté que les méchants à conserver une attitude cohérente puisqu'ils sont dans la nécessité d'expliquer que le mal qu'ils font est justifié par le bien qu'ils prétendent atteindre ainsi. La cohérence fait partie du raisonnement permettant d'identifier l'existence même d'une règle et le rapport de la fin au moyen (la fameuse proportion tant et si souvent discutée aujourd'hui) est une question de cohérence. Car puisqu'une règle comporte, à la fois, ce qu'elle exige et la menace du mal encouru par qui la transgresse, elle conduit nécessairement à s'interroger sur la compatibilité entre le mal infligé et le bien exigé. Souvent, cet accord n'est pas simple.

Réponse de Lucien François à Pierre Gothot

Pierre Gothot commence par pasticher fidèlement un passage du *Cop des Tempêtes* tout en substituant, à l'exemple que j'avais pris d'un exercice militaire, celui de l'exécution d'une symphonie. Il démontre ensuite que l'analyse de cet exemple eût été aussi pertinente que celle du mien pour illustrer avec précision les mécanismes dont je parlais à cet endroit de l'ouvrage. Je reconnais donc que son exemple eût pu convenir. Il ne soutient pas que le mien soit moins juste mais ne s'en demande pas moins pourquoi je l'ai préféré.

Il est vrai que j'ai mis plus d'enthousiasme à participer aux répétitions de l'orchestre de l'Université qu'à accomplir mon service militaire. Mais précisément mes goûts et mes souvenirs me portent à me représenter, à tort ou à raison, le soldat comme voyant dans l'exercice une corvée et le musicien comme souhaitant du fond du cœur, dès lors qu'il est à son pupitre, que le chef soit exactement suivi, parce qu'il est toujours intéressant de faire bien « sonner » un orchestre même si l'œuvre et l'interprétation choisies ne sont pas les meilleures. Je perçois donc le soldat comme sentant plus nettement et plus constamment que le musicien l'impérativité et le dispositif de pression par menace de sanction que mon souci constant est de

mettre en évidence. Je ne pensais pas aux membres de troupes d'élite ou de commandos, qui sont sans doute plus spontanément dociles que les recrues.

Dans la mesure où les indications du chef d'orchestre sont des normes techniques nécessaires pour atteindre un résultat intéressant, le musicien, tant professionnel qu'amateur, a un peu le sentiment d'obéir à lui-même en suivant ces indications. En illustrant le droit par l'exemple pacifique et harmonieux de l'orchestre, je craignais d'escamoter tout un versant du phénomène juridique, un versant aride, peu plaisant, mais qui est bien là. Comme la théorie du droit a souvent tendance à légitimer le droit en en privilégiant le versant aimable, sans nier celui-ci j'insiste sur l'autre, comme les membres de l'équipage d'un dériveur s'efforcent, en se penchant d'un côté du bateau, de contrebalancer de tout leur poids le vent qui l'incline.

Pierre Gothot pose ensuite la question plus générale de savoir pourquoi je recours au *bad men*, comme émetteur des jurèmes, dans la plupart de mes exemples. Et il est vrai que les jurèmes peuvent aussi se trouver au service d'exigences dont les auteurs sont plus respectables, comme le montrent d'ailleurs l'anecdote *Valentin* et quelques autres (les joueurs et le tricheur, le bureau des postes, la pébuse).

Aux raisons que Pierre Gothot imagine de cette préférence en quelque sorte négative, j'en ajouterai une qui n'a cessé d'être à mes yeux déterminante.

Il s'agit encore une fois de l'effet indirect d'un souci de mise en évidence. Pour mettre en évidence les organes d'une fleur ou d'un insecte, ceux qui les étudient les déplient et les étalent. Or un des éléments du jurème, le dispositif de pression par menace de sanction (composé d'une impérativité et d'un pouvoir), est tantôt dormant, dès lors peu sensible, tantôt en mouvement, et alors plus visible. Il faut donc le montrer assez souvent dans ce dernier état. Mais ce dispositif de pression par menace de sanction ne se met en mouvement, ne déclenche la pression, que quand le destinataire répugne à faire ce qui est exigé. Tel est le cas, dira-t-on, des personnages qui ne respectent pas volontiers les règles sociales. Mais pour moi, auteur, ce n'est pas seulement aux yeux du destinataire que le dispositif doit apparaître très clairement, c'est aussi aux yeux du lecteur. A cet effet, il n'importe pas seulement que, dans la plupart de mes

exemples, le destinataire répugne à obéir, il faut aussi que le lecteur sente pleinement cette répugnance, ce qui n'arrivera que si ce lecteur se met mentalement à la place du destinataire, et il ne s'y mettra aisément que si ce destinataire résiste pour une raison que le lecteur trouve bonne. Il faut que celui-ci ait le sentiment qu'il éprouverait dans la même situation une égale répugnance. De même que les spectateurs au théâtre et au cinéma, les lecteurs ne s'identifient pas volontiers à un personnage antipathique et sont souvent plus sensibles à ce qu'éprouve un être qui leur paraît injustement malmené qu'à ce que ressent son adversaire, ou un scélérat subissant un châtiement que l'on juge mérité. L'inconvénient, du point de vue de mon projet, de l'anecdote *Valentin* (chapitre IX) est que le comportement du destinataire du jurème y paraît si impardonnablement stupide que l'on a peine à concevoir qu'il répugne à en changer. Après cette anecdote, que j'ai placée à dessein en tout premier lieu pour commencer tout de même par un jurème respectable, il m'en fallait une série qui fasse mieux sentir au lecteur ce qui se passe dans l'esprit des destinataires.

LISTE DES CONTRIBUTEURS

Ont participé à ce volume :

- Géraldine Brausch, Assistante à la Faculté de Philosophie et Lettres de l'Université de Liège ; Chercheuse FRFC (Observatoire critique des mutations juridiques)
- Edouard Delruelle, Professeur à la Faculté de Philosophie et Lettres de l'Université de Liège
- Lucien François, Juge à la Cour d'Arbitrage ; Professeur extraordinaire émérite de la Faculté de Droit de l'Université de Liège
- Philippe Gérard, Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles)
- Pierre Gothot, Professeur ordinaire émérite de la Faculté de Droit de l'Université de Liège
- Marc Jacquemain, Chef de travaux ; Chargé de cours adjoint au Département des Sciences sociales de l'Université de Liège
- Robert Jacob, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Liège et des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles) ; Directeur de recherches du C.N.R.S. (Laboratoire de Médiévisique occidentale de Paris)
- Paul Martens, Juge à la Cour d'Arbitrage ; Maître de conférences à la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles ; Chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Université de Liège
- Nicolas Thirion, Chargé de recherches FNRS ; Chargé de cours adjoint à la Faculté de Droit de l'Université de Liège.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
<i>Liminaire</i>	7
PARTIE I	
<i>Le bon, le brutal et le tyran,</i> Edouard DELRUELLE	11
<i>Normes juridiques, légitimité et théorie de droit,</i> Philippe GERARD	19
<i>Le droit, l'anthropologie et le microscope,</i> Robert JACOB	41
<i>La révolution selon le droit,</i> Lucien FRANÇOIS	111
PARTIE II	
Questions à Lucien François autour du <i>Cap des Tempêtes</i>	
<i>Le nimbe et le juréme,</i> Géraldine BRAUSCH	135
<i>Savoir juridique et souci de vérité,</i> Nicolas TELION	147
<i>Que pense l'équipage ?</i> Marc JACQUEMAIN	162
<i>Le serant et le juge,</i> Paul MARTENS	171
<i>Le régiment ou l'orchestre ?</i> Pierre GOTHOR	174
<i>Liste des contributeurs.</i>	179